وزارة العدل

مجلس العدل

ضمان
العيوب الخفية في المبيع

بحث تقدم به

القاضي

فوزي ابراهيم موسى

رئيس محكمة جنايات كربلاء

باشراف

الأستاذ ضياء شيت خطاب

رئيس محكمة التمييز / سابقاً

ربيع الأول ١٤١١ هـ   تشرين الأول ١٩٩٠ م

الاهـــــــــــداء

الى الذين اضاءوا لي درب الحياة بنورهم الوهاج فنوروا لي طريق حياتي وغرسوا الفضيلة في نفسي الى الذين صنعوا العالم بعلمهم وفكرهم ودفعوني باتجاه الخير وجعلوني اقف الى جانب الحق بالحرص على تطبيق القانون والتمسك بالعدل .

اهدي هذا الجهد المتواضع راجيا من العلي القدير ان يوفق جميعا لنصرة الحق وخدمة الوطن العزيز .

القاضي
فوزي ابراهيم موسى
رئيس محكمة جنايات كربلاء

شكر وتقدير

اقدم شكري وثنائي الى الاستاذ الفاضل ضياء شيت خطاب رئيس محكمة تميز العراق سابقا بقبوله الاشراف على اعداد هذا البحث رغم مشاغله الكثيرة وما ابداه من توجيه سديد ورأي صائب

القاضي

فوزي ابراهيم موسى

فهرست المحتويـــــات

ضمـــــان العيوب الخفية في المبيـــــع

بسم الله الرحمن الرحيم

ضمان العيوب الخفية في البيع

المقدمة :-

١- ان تعامل افراد المجتمع مع بعضهم في تبادل المعاملات الاقتصادية والمنافع والخدمات يجعل كل واحد منهم بحاجه الى تبادل مستمر مع الاخرين ولذلك وجد الانسان نفسه بحاجه الى تنظيم هذا التعامل بحيث ان اية حالة من الحالات المتبادلة في نشاطه الاقتصادي وتعامله تتم وفق الاتفاق بين اطراف العلاقة الاقتصادية وتنظم بموجب عقد يسمى عقد البيع وهو من ابرز واهم واخطر العقود المسماة لانه كثير التداول في الحياة العملية وناقل لحقوق الملكية ويرتب حقوقا والتزامات متقابلة على اطرافه تستمد منه لانه من العقود الرضائية التي يتم انشاؤها بارادة الطرفين •

وما لا شك فيه ان السبب الذي دفع المشرع لتنظيم عقد البيع هو حاجة الناس له بالتعامل لانه الوسيلة التي يتم بموجبها تبادل المنافع وتلبية حاجات افراد المجتمع•

٢- وحيث ان عقد البيع يرتب لاطرافه حقوقا والتزامات حسب نصوصه لذلك يكون البائع ملزما باتخاذ الاجراءات الكفيلة بنقل ملكية المبيع الى المشتري ويلتزم بتسليمه وبضمان عيوب المبيع ويلتزم المشتري بدفع ثمن المبيع وباستلامه ولكن لم تكن هذه الحالة قد نظمت بالشكل المطلوب في العصر القديم وانما كانت تتم بطريق المقايضة لان النقود لم تكن معروفة في ذلك العصر ولذلك فقد كانت المقايضة هي الشائعة في التعامل مع الناس •

وعند تطور العلاقات البشرية وتقدم الانسان فقد اخذ يبحث عن حالة تسد له حاجاته وتنظم له العلاقات بينه وبين الاخرين افضل من طريقة المقايضة لكثرة عيوبها ولوجود الصعوبة بتبادل الحاجيات والاموال وفقا لهذه الطريقة وتم اختراع النقود لحاجة المجتمع اليها كوسيله لتبادل الاموال والحاجيات ولسهولة تداولها واصبح دور المقايضة ثانويا بالنسبة لحالة

التبادل بالنقود واسى عقد البيع من ابرز واهم العقود المسماه لكونه ينظم العلاقة بين البائع والمشتري ويحفظ حقوق الطرفين ولا يجوز لاحد هما تجاوزها لان العقد شريعه المتعاقدين ولذلك فان كل طرف من اطرافه يتمسك بما ورد فيه من حقوق له والتزامات عليه. على الطرف الآخر

- وبالنظر لاهميه البيع وللتبادل المستمر بين الناس في الحاجيات والمنافع والاموال والخدمات فان كل متعاقد يحاول ان يحتاط ويتحسب لكل حالة من الحالات التي يحتمل حصول نزاع فيها بسبب ظهور عيب من العيوب الخفيه في المبيع بعد اكمال عمليه البيع.

ورغم التحفظ والاحتياط الذي يبديه كل طرف من اطراف العقد فقد يفوت عليهما مالم يكن متوقعا من الامور التي لم تكن واضحة للعيان في المبيع لذلك فقد احتاطت الشريعه الاسلاميه الى حالة البيع حتى يكون سليما لاعيب فيه حيث ورد في القرآن الكريم (وأحل الله البيع)[1] وورد بقوله تعالى (لاتأكلوا اموالكم بينكم بالباطل)[2].

وقد اهتم فقهاء الشريعه الاسلاميه لهذه الحالة ووضعوا لها حلولا لحسم الخلافات عند ظهور العيوب الخفية وأكدوا بأن ضمان العيوب الخفية هو سلامة المبيع من العيوب وقد يتفق او يختلف فقهاء الشريعه الاسلاميه على موضوع العيب او ضمان العيوب الخفية ولكن جميع الفقهاء اهتموا بوضع الحلول للعيوب ومتفقون بأن ضمان العيوب الخفية هو سلامة المبيع من العيوب[3].

٤- وضمان عيوب المبيع الخفيه هو ضمان التعرض والاستحقاق ليس قاصرا على عقد البيع وانما ينصرف الى العقود الناقلة للملكية والناقلة للانتفاع ولكن لاهمية عقد البيع وما يترتب عليهم آثار وباعتباره من اهم العقود واخطرها فقد فصلت احكام ضمان عيوب المبيع الخفية في نطاق عقد البيع.

وحيث ان الشريعه الاسلامية هي من اهم المصادر في القوانين العربية وخاصة القانون المدني العراقي، لذلك فقد اهتم المشرع بضمان العيوب الخفية، ووضع لها حلولا قانونية صائبة في الحالات التي يتوقع حصول نزاع في المبيع وقد تكون العيوب الخفية موجوده مادام التعامل في المبيع قائما بين افراد المجتمع.

---

١) سورة البقره – ايه ٢٧٥ – ص٤٧.
٢) سورة البقرة الايه ١٨٨ ص٣٠.
٣) انظر الدكتور سعدون العامري – الوجيز في شرح العقود المسماه – ١ – الطبعه الثالثة ١٩٧٤ ص١٤٧.

ولما كان عقد البيع هو العقد الذي يلتزم بموجبه البائع بنقل الملكية والحيازة للمبيع فقد وضع المشرع قواعد لضمان تلك العيوب لانه لابد من ايجاد ضمان للمشتري يحقق له الطمأنينة ويوفر الاستقرار في تعامله مع الطرف الذي يتعاقد معه اذ لاتتحقق استفادة المشتري من المبيع الا اذا كان خاليا من العيوب فاذا وجد فيه عيب خفي كان البائع مسؤولا عنه لان البائع ضامن لكل عيب خفي في المبيع ٠

ومن هذا المنطلق فقد اصبحت الحاجة ماسة الى ايجاد ضمان العيب الخفي في المبيع ولذلك فقد اعتمدت التشريعات الحديثة ذلك الضمان نظرا لصلته المباشرة بالحياة العمليه ولان الضمان اوجدته الضرورة في التعامل اليومي المرتبط بالحركة الاقتصادية المستمرة ٠

وقد بين المشرع العراقي في المواد القانونية من ٥٥٨ الى ٥٧٠ من القانون المدني العراقي الحالات الخاصة بضمان العيوب الخفية واحكامها وما يتعلق بتعديل احكامها ومن حالات سقوط دعوى الضمان وكل مايتعلق بها مما ستعرضه مفصلا في هذا البحث وأننا سنتناول الموضوع بأربعة فصول وهي :ـ

١ـ الفصل الاول : ـ تعريف العيوب الخفية وشروطها

٢ـ الفصل الثاني : ـ احكام الضمان

٣ـ الفصل الثالث : ـ الضمان الاتفاقي او المشروط

٤ـ الفصل الرابع : ـ عدم سماع دعوى الضمان

الخاتمة



الفصـــل الأول

تعريف ضمـــان العيـــوب الخفية وشروطهـــا

ويشتمـــل على فرعيـــن: -

الفـــرع الأول

تعريف ضمـــان العيوب الخفيه لغة واصطلاحا

الفـــرع الثاني

شـــروط العيـــوب الخفيـــة

الفـــرع الأول

ا- تعريف ضمان العيوب الخفية لغـــة

ان تعريف ضمان العيوب الخفية يستوجب تعريف الضمان وتعريف العيوب الخفيـــة

آ- معنـــى الضمـــان

ان عقد البيع هو من اهم العقود المسماه وهو همزة الوصل بين الانتـــاج والاستهلاك. ومن منطلق أهمية عقد البيع المتصلة بتطور حركة تبادل المعامـــلات والاستقرار فيها وضع المشرع نصوصا قانونية تحفظ حق المشتري ه رغم مافـــي الاحكام العامة من ضمانات تحقق الاستقرار في التعاقد كالدعوى المباشـــرة وغير المباشرة وحق الحبس والدفع بعدم التنفيذ . ومع ذلك فأن المشرع قـــد احتاط الى اعتماد ضمانات تقع على عاتق البائع وهو ضمان العيب الخفـــي . ويعني ضمان العيب الخفي ضمان النقائص في المبيع . وقال بعض الفقهاء ان علـــة الضمان هي المسؤولية بدون خطأ(1) . ويمكن تأسيسها على اساس الضمـــان ه وعارض البعض الآخر من الفقهاء واعتبروا الضمان ضمن المسؤوليه لأن القصـــد

---

1) اسعد دياب - ضمان العيوب الخفية ط ٢/ ١٩٨٣ ص ٢٥

من نظرية الضمان هو توفير الطمأنينة لتنفيذ العقد والضمان يضاف الى شروط العقد ويعززها ، حتى يتكفل بضرورة تنفيذه ولذلك فان الضمان هو التعهد الذي يلتزم به طرفي العقد وفقا للعقد والقانون ، وفي حالة تعذر ذلك فعليه ان يعوض الطرف الآخر عن الضرر الحاصل ، لما ترتب عليه من خلل بالتزامه بسبب العيب الخفي في المبيع. ويعني الضمان الكفالة والتكفل بالشيء .

وعرف الضمان الدكتور محمد زكي عبد البر بانه ضم ذمة الضامن الى ذمة المضمون عنه في التزام الحق فيثبت في ذمتهما جميعا او هو التزام ما وجب او يجب على غيره مع بقائه واشتقاقه من الضم .[1]

وقال أيضا انه مشتق من التضمين بمعنى ان ذمة الضامن تتضمن الحق او تضمين الدين في ذمة الضامن[2].

وقال ابن عقيل بانه مشتق من الضمن فذمة الضامن في ضمن ذمة المضمون عنه[3].

وقد جاء في القرآن الكريم (ولمن جاء به حمل بعير وانا به زعيم)[4]

وقال ابن عباس الزعيم : الكفيل . وقد روي عن النبي (ص) انه قال (الزعيم غارم)[5] . ويعني ذلك الكفيل ضامن . ومن هذه التعريف أرى ان الضمان هو تكفل البائع بنقيصة المبيع .

ب ـ اما معنى العيب

فهو النقص بثمن المبيع ذلك لأن العيب هو صيرورة الشيء ذو عيب وجمعه عيوب ومعائب وهو النقيصة في الشيء ويقال عاب المتاع اي صار ذا عيب ومعيب ومعيوب[6].

---

١) احكام المعاملات المالية في المذهب الحنبلي ـ الطبعة الاولى ١٩٨٦ ص١٠

٢) نفس المصدر السابق ، ص١٠

٣) نفس المصدر السابق ، ص١٠

٤) سورة يوسف ـ ص٥٤ آية ٧٢ .

٥) راجع الدكتور محمد زكي عبد البر - احكام المعاملات المالية في المذهب الحنبلي ـ ص١٠٢

٦) المعاني اللغوية مأخوذة من كتاب المنجد في اللغة والادب والعلوم ـ طبعة ١٨ ص٥٣٩ و ٥٤٠ و ١٨٩ .

وعرف العيب السيد احمد الطحطاوي الحنفي بقوله (هو من اصابة الشيء اي سببه وقال عاب المتاع ذا عيب وعابه زيد يتعدى ولا يتعدى وعيبه مشددا نسبه الى العيب • وقوله (اصل الفطرة السليمة) • والفطره الخلقة التي هي اصل الشيء • واستطرد قائلا ان العيب هو مايخلو عنه الفطرة السليمة عن الآفات العارضه لها كالبلل والسوس والعفن او دقة الحب بسبب سواء غيرها (١)

جـ ـ معنى الخفي

هو ماأستتر وتوارى • والاختفاء والمواراة عن الانظار عند الظهور • وحيث ان الضمان يعني الكفاله او التكفل بالشيء فلذلك اصبح معنى العيوب الخفية تكفل النقيصة بثمن المبيع بسبب استتار العيب عن الابصار وعدم وضوحها ، ويعني كذلك تكفل البائع بالمبيع الذي كان عيبه متواريا عن الابصار (٢) • وعرفت محكمة النقض المصريه العيب لغة: ـ (هو الآفة الطارئه التي تخلو منها الفطره السليمة للمبيع) (٣) • وهو المقصود من انطباق المعنى اللغوي المعبر عن ضمان العيوب الخفية •

٢ ـ تعريف ضمان العيوب الخفيه اصطلاحا

عرف فقهاء الحنفية والشافعية العيب الذي يجعل للمشتري الحق في رد المبيع والتي تنقص به قيمه المبيع او يفوت به على المشتري غرضا صحيحا ومثال ماتنقص به قيمة المبيع جموح الدابة عند ركوبها وعدم انقيادها لصاحبها (٤) • وعرف فقهاء المالكيه العيب الذي يرد به المبيع هو ماكان منقصا

---

١) السيد احمد الطحطاوي الحنفي ـ حاشيه الطحطاوي على الدر المختار ـ المجلد الثالث ـ طبعه بيروت ١٩٧٥ ـ ص ٤٥ •
٢) الكلمات اللغويه مأخوذة من كتاب المنجد والادب والعلوم ـ طبعة ١٨ ص ٥٢٩ و ٥٤٠ و ١٨٤ •
٣) الدكتور سعدون العامري ـ الوجيز في شرح العقود المسماة ـ ج ١ ـ ص ١٤٧ طبعة ١٩٧٤ بغداد •
٤) عبد الرحمن الجزيري ـ كتاب الفقه على المذاهب الاربعة ـ قسم المعاملات ـ ج ٢ ص ٢٤٨ طبعه القاهرة •

تنص بجماح الدابة وعدم انقيادها او منفصا لذات المبيع او منقصا للتصرف بما اذا باتت يده اليمنى ضعيفة(١). اما الحنابلة فقد قالوا بأن ضابط العيب الذي يرد به المبيع هو نقص عينه ولو زادت به القيمة او نقص قيمته عادة في عرف التجار(٢).

اما ابن الهمام الحنفي فقد عرف المبيع في كتاب شرح فتح القدير بأنه ما يخلو عنه اصل الفطرة السليمة مما يعد به ناقصا(٣).

وعرف معظم فقهاء الشريعة الاسلامية العيب بأنه الخروج عن المجرى الطبيعي اما لزيادة او لنقصان يوجب نقص الماليه(٤).

وقال بعض فقهاء المسلمين ان العيب كل ما يوجب نقصان الثمن في عادة التجار نقصانا فاحشا او يسيرا . وفي مقتضاه ان يكون لاحد العاقدين حق فسخ العقد او ابطاله في المعقود عليه اذا لم يكن قد تنازل مقدما عن حقه في الفسخ بأن تعاقد مع قبول شرط البراءة في العيوب(٥) واعتبر بعض الفقهاء المسلمين ان اساس خيار الرد في موضوع ضمان العيوب الخفية مرده قاعدة لا ضرر ولا ضرار(٦).

ويرى الدكتور حسن علي الذنون في كتابه شرح القانون المدني العراقي في (عقد البيع) بأن السند الشرعي لهذا الخيار قول الرسول (ص) لا يحل لمسلم باع لاخيه بيعا فيه عيب الا بينه له(٧). وعرف ضمان عيوب المبيع في نطاق الشريعة الاسلامية تحت ماعرف لدى فقهائها بالعهدة ومقتضاها ان ظهور العيب في يد المشتري بعد تسليم المبيع بمدة قصيرة يحمل في ذاته

---

١) نفس المصدر السابق
٢) نفس المصدر السابق
٣) ابن همام الحنفي — شرح فتح القدير — ص١٥١ .
٤) السيد الحلي — تذكرة الفقهاء — كتاب المبيع — ص٣٥١ .
٥) السرخسي — البدائع — ٥ — ص٢٧٤ .
٦) علي حيدر — شرح مجلة الاحكام — الكتاب الاول — البيوع — المادة ١٩٥ — ص ٣٢ .
٧) الدكتور حسن علي الذنون — ص — ٢٣٠ .

دليلا على ان هذا العيب كان موجودا في المبيع عندما كان في يد البائع ، وانتقل به الى المشتري فيسأل عنه البائع [1] . وعرفت مجلة الاحكام العدلية العيب في المادة ٣٣٨ بقولها (العيب هو ما ينقص ثمن المبيع عند التجار وأرباب الخبرة) . [2]

اما السيد سابق فقد قال يحرم على الانسان ان يبيع سلعة بها عيب دون بيانه للمشتري . [3] ولذلك فأن العيب بالمعنى المقصود من هذه التعاريف هو ماتخلو منه الفطرة السليمة وينقص قيمة المبيع [4] . ويتضح منها كذلك بأن تخلف الصفة المشروطة في العقد لا يعتبر عيباً موجباً للضمان الا ان المادة ٤٤٧ من القانون المدني المصري قد اعتبرت تخلف الصفة المشروطة في العقد عيبا موجب للضمان ولذلك فهي قررت الضمان في حالتين :-

١- حالة وجود عيب ينقص من قيمة او نفع المبيع وهذا هو العيب الذي يعتبر بمعنى الآفة الطارئة .

٢- حالة عدم توفر الصفات التي كفل البائع وجودها في المبيع حيث نصت المادة ٤٤٧ مدني مصري في فقرتها الاولى على ما يأتي :-

(يكون البائع ملزما بالضمان اذا لم يتوافر في المبيع وقت التسليم الصفات التي كفل المشتري وجودها فيه او اذا كان بالمبيع عيب ينقص من قيمته او من نفعه بحسب الغاية المقصودة مستفادة مما هو مبين في

---

١) علي حسين نجيدة - ضمان عيوب المبيع في عقد البيع - ص ٧ طبعة ١٩٨٦ - وقد اشار الى ابن رشد في بداية المجتهد الذي جاء فيه (انفرد مالك بالقول بالعهده - ومعنى العهدة ان كل عيب حدث فيها عند المشتري فهو من البائع وهي عند القائلين بها عهدتان عهدة الثلاثة ايام وذلك من جميع العيوب الحادثة عند المشتري وعهده السنه وهي من العيوب الثلاثة الجذام والبرص والجنون فما حدث في السنة من هذه العيوب الثلاثة بالمبيع فهو البائع وما حدث من غيرها من العيوب كان من ضمان المشتري على الاصل وعهده الثلاثة عقد المالكية بالجملة بمنزلة ايام الخيار وايام الاستبراء والنفقة فيها والضمان من البائع . واما عهده السنة فالنفقة فيها والضمان من المشتري .

٢) علي حيدر - مجلة الاحكام العدلية - الكتاب الاول - البيوع - ص ٢٩ .

٣) السيد سابق - فقه السنه - المجلد الثالث - الاجزاء ١٢-١٣-١٤- المعاملات - ص ١١٢ .

٤) مصطفى الزرقا - عقد البيع والمقايضة - ص ٢٢١ = طبعة دمشق .

العقد او ما هو ظاهر من طبيعة الشيء او الغرض الذي اعد له ويضمن هذا العيب ولو لم يكن عالما بوجوده) .

وهنا لا بد من الاشارة الى ان المادة ٥٥٨ من القانون المدني العراقي جاءت موفقة في تعريف العيب وقد احاطت بتحديد معنى العيب احاطة تامة وبذلك جاءت على خلاف ما ورد بالمادة ٤٤٧ مدني مصري بخصوص تخلف الصفة المشروطة في العقد فلم تعتبر ذلك عيبا موجبا للضمان وعرفت العيب بما يلي :—

١- اذا ظهر بالمبيع عيب قديم كان المشتري مخيرا ان شاء رده وان شاء قبله بثمنه المسمى .

٢- العيب هو ما ينقص ثمن المبيع عند التجار وارباب الخبرة او ما يفوت به غرض صحيح اذا كان الغالب امثال المبيع عدمه . ويكون قديما اذا كان موجود في المبيع وقت البيع او حدث بعده في يد البائع قبل التسليم .

ومن هذا يتضح بأن القانون المدني العراقي قد أخذ بالمعيار المادي وجعله هو الاساس في تحديد العيب .

ونرى ان العيب هو نقصان ثمن المبيع لعدم وضوح المستور من العيوب فيه وان يكون النقص مؤثرا في منفعته او فوات الغرض الذي اعد له .

ومن هذه التعاريف نرى ان وجهات نظر الفقهاء المسلمين متقاربة في تعريف العيب الذي يحصل في المبيع وعدم قابلية المبيع للاستعمال او الغرض المعد له ، اما بحسب طبيعته او عدم رضا المشتري به لفوات المنفعة او نقصان الثمن فيه كما وانه يتضح من تعاريف المصطلحات القانونية بأن خيار العيب محدد قانونا وذلك بتنظيم احكام ضمان العيوب الخفية بنصوص قانونية حددت حقوق كل من البائع والمشتري ، ووضعت حلولا لحالات العيوب الخفية وضماناتها ، كما وان الاتفاق بين الطرفين يعزز ضمانات العقد ، وقد يرتب شروطا فيه والاشتراط هو زيادة في الضمان ينفي حالة من الحالات التي يمكن حصول خلاف فيها وينظم بموجب اتفاق يحمل بارادة الطرفين لأن اساس عملية تبادل السلع والمنافع توجب حالة الارتباط

لتحديد التزامات طرفي العقد والضمانات الواجبة الرجوع اليها عند انحلاله عند حصول الخلاف بسبب العيب الخفي • كما وان ماتعارف عليه التجار واصحاب الخبرة يمكن الاستفادة منها في حل المشاكل وسواء كان ذلك في اطار المعيار المادي او المعيار الشخصي • ورغم محاولة بعض الفقهاء الاخذ بمعيار ثالث للتفريق بين المعيار المادي والشخصي معتمدين على ان العيوب هي التي تؤثر في العقد عند الجميع ماينقص عن الخلقة الطبيعية له تاثير في ثمن المبيع وذلك يختلف حسب اختلاف الازمان والفوائد والاشخاص (١) •

ولكن أكثرية الآراء هي ضمن اطار المعيار المادي •

وبعد استعراضنا لتحديد معنى ضمان العيوب الخفية لغة واصطلاحا ننتقل الى الشروط الواجب توافرها لتلك العيوب •

ـ الفـــرع الثانـــي ـ

شروط العيوب الخفيـة : ـ وتتكون من اربعة شروط وهي : ـ

١ـ ان يكون العيب خفيا

٢ـ ان يكون العيب موءثرا

٣ـ ان يكون العيب قديما

٤ـ ان يكون العيب غير معلوم للمشتري •

١ ـ ان يكون العيب خفيا

يشترط لضمان العيوب الخفية (٢) الموجبة للرد او الضمان يجب

---

١) السرخسي ـ البدائع ـ ج ٥ ـ ص ـ ١٧٨

٢) لقد اعترض على تسميتها بالعيوب الخفية الدكتور علي حسين نجيدة وذلك لان وصفها بالخفاء قد يوحي بانه شرطها الوحيد على الرغم من انه احد شروط اربعة كما سنرى واستطرد قائلا بمن ثم كان يمكن تسميتها بالعيوب الموءثرة او العيوب القديمة غير المعلومة للمشتري ـ كتابة ضمان عيوب المبيع الخفية في عقد البيع ـ ١٩٨٦ ـ دراسة مقارنة ـ ص ـ ١٠٣ •

ان يكون المبيع سالما من العيوب الخفية وقت البيع ووجوب توفر الشـــروط التي حددها المتعاقدان وقبلها المشتري عند البيع. اما اذا كـــان بالمبيع عيب خفي اما ينقص قيمته او يفوت الانتفاع منه. ويقصد بخفـــاء العيب ان لا يكون العيب ظاهرا ولا يمكن ادراكه بالحواس. واذا كان العيـــب ظاهرا وهو العيب الذي يمكن مشاهدته ويستطيع ان يشخصه كل واحد اي انه العيب الذي يمكن معرفته بالفحص العادي الذي يقوم به المشتري فلا يتحـــقق الضمان. ومن هذا المنطلق فان البائع لا يكون مسؤولا عن العيوب الظاهرة ولا عن العيوب التي اطلع عليها المشتري وعرفها كما هي وانه لا يكون مســؤولا عن العيوب التي كان من الممكن على المشتري معرفتها والتي يعرفها الرجـــل المعتاد وانما يعتبر البائع مسؤولا عن العيوب الخفية التي لا يعرفها الرجـــل المعتاد ولا يعتبر كذلك مسؤولا عن عيوب المبيع اذا ادل المشتري عليهـــا او اشترط انه لا يتحمل اي عيب في المبيع الا اذا كان العيب الخفي فنيـــا ولا يستطيع المشتري معرفته وتعمد البائع اخفاءه او يؤكد بعدم وجود عيـــب بالمبيع. وفي حالة اهمال المشتري فانه يتحمل نتيجة اهماله وعندئذ لا يجـــوز له الرجوع على البائع بالضمان كما وان المشتري اذا لم يكن له خبـــــــرة بسبب جهله لمعرفة العيب بالمبيع وانه بالامكان معرفة العيب من قبل الاخريـــن الذين يستطيعون تشخيص العيب فان هذه الحالة لا توفر الضمان للمشتري بالرجوع على البائع مادام غيره من المشترين يستطيعون تشخيص العيـــــــب ويرى قسم من الفقهاء ان مثل هذه الحالة تحكمها الوقائع ويتبصر فيهـــــا قاضي الموضوع ذلك لان وقائع المسألة التي يحصل فيها خلاف بين البائـــــع والمشتري تتطلب البحث وبعد التأمل بوقائعها وتدقيقها والاطلاع على حجـــج كل طرف من اطراف العقد عندئذ يمكن الفصل في موضوعها على ضوء مايـــرد من ادلة، ورأي اهل الخبـــــــرة من اصحـــاب المهن والحـــرف والتجـــــار.

ويرى الدكتور حسن علي الذنون انه اذا كان من شأن العيب ان يكشف بمجرد الاختبار العادي الذي يقوم به من يشتري شيئا مماثلا فان المشتـــري

انه لم يقم بهذا الاختبار لا يحق له الرجوع بدعوى ضمان العيوب الخفية[1] . ويستطرد فيقول ويترتب على هذا انه اذا اشترى شخص عدد من بالات القطن فقام باختبار خمسة منها فانه يعتبر قد قام بالاختبار المعتاد فاذا ظهرت بعض البالات الاخرى المعيبة كان للمشتري الحق في الرجوع على البائع بدعوى الضمان ولذلك فان العيب اذا كان خفيا ولم يطلع عليه المشتري الا بعد حصول البيع يعتبر عيبا يخول المشتري رد المبيع .
وهنا لابد من التطرق الى نص القانون المدني المصري والقانون المدني العراقي الخاص بهذا الشرط .

ا - القانون المدني المصري ، لقد نصت الفقرة الثانية من المادة ٤٤٧ من المجموعة المدنية المصرية (على ان البائع لا يضمن العيوب الذي كان المشتري يعرفها وقت البيع او كان يستطيع ان يتبينها بنفسه لو انه فحص المبيع بعناية الرجل العادي الا اذا اثبت المشتري ان البائع قد أكد له خلو المبيع من هذا العيب او اثبت ان البائع قد تعمد اخفاء العيب غشا منه) .

ومن هذا النص يتبين بأن البائع لا يضمن عيوب المبيع في نقطتين ويكون مسؤولا عنها ويضمنها في نقطتين ، ذلك حيث ان البائع لا يضمن عيوب المبيع في الحالتين :-

آ - اذا كان العيب ظاهرا ولم يكن خفيا وقت البيع او اذا كان باستطاعة كل شخص ان يعرفه وعندئذ يعتبر استلام المشتري للمبيع بحالته عند البيع قبولا له وتنازلا عن ضمان العيب

ب - اذا لم يكن العيب ظاهرا يمكن كشفه ومعرفته بعناية الرجل العادي عند فحص المبيع ، والرجل العادي كما هو معلوم رجل

---

1) الدكتور حسن علي الذنون - شرح القانون المدني العراقي - العقود المسماة - عقد البيع - ص - ٢٢٣ - ٢٢٤



من اوساط الناس ليس باشد هم حرصا ولا باكثرهم اهمالا بل هو وسط بين ذلك قواما ، وهذا هو المعنى القانوني للخفاء كما يقوله الدكتور علي حسين نجيدة (١) . ويضمن البائع العيب في حالتين :-

آ- اذا كان العيب خفيا ولا يستطيع المشتري اكتشافه حتى لو فحص المبيع بعناية الرجل العادي ورغم ذلك لم يستطع معرفة العيب الموجود في المبيع .

ب- حتى اذا كان بامكان المشتري اكتشاف العيب لو انه فحص المبيع ولكن البائع قد اكد له خلو المبيع من هذا العيب او اثبت ان البائع قد تعمد اخفاء العيب غشا منه وبهذا الصدد ورد بقول السنهوري (اذا لم يكن العيب وقت تسلم المشتري للمبيع ظاهرا ولا يمكن للمشتري تبينه لو انه فحص المبيع بعناية الرجل العادي وهذا معناه ان العيب من الخفاء بحيث لا يمكن ان يتبينه الا خبير متخصص) (٢) .

٢ - القانون المدني العراقي :-

نصت المادة ٥٥٩ على انه (لا يضمن البائع عيبا قديما كان المشتري يعرفه او كان يستطيع ان يتبينه بنفسه لو انه فحص المبيع بما ينبغي من العناية الا اذا اثبت ان البائع قد اكد له خلو المبيع من هذا العيب او اخفى عنه العيب غشا منه) .

يتضح من نص المادة ٥٥٩ مدني عراقي بانه مطابق لنص الفقرة الثانية من المادة ٤٤٧ من المجموعة المدنية المصرية الا ان كلمة قديما قد وردت في النص العراقي صراحة ولم تذكر صراحة في نص القانون المصري ، ولكن يستفاد من فحوى النصين ان هذه الكلمة موجودة لان معنى كلمة العيب القديم هي من شروط

١) الدكتور علي حسين نجيدة - ضمان عيوب المبيع في عقد البيع - طبعة ١٩٨٦- ص٢٧ .

٢) السنهوري - الوسيط في شرح القانون المدني - البيع والمقايضة - المجلد الاول ج٤ طبعة ١٩٦٠ - القاهرة - ص ٧٢٥ .

ضمان عيوب المبيع الخفية حسب نصوص القوانين المصرية ولأن العيب القديم هو الموجود في المبيع قبل أن يتسلمه المشتري وقد جاء في نص الفقرة الثانية من المادة ٤٤٧ (لا يضمن البائع العيوب التي كان المشتري يعرفها وقت البيع) . ويستفاد من كلمة وقت المبيع بأن العيب قديما لانها تعني قبل التسليم . وحيث ان نص المادة ٥٦٩ مدني عراقي مطابق في محتواه لنص الفقرة الثانية من المادة ٤٤٧ مدني مصري لذلك فأنه يتضمن نفس الحالات التي تضمنتها الفقرة الثانية للنص المصري المشار اليه بحيث لا يضمن البائع عيوب المبيع في النقطتين الآتيتين :-

آ- اذا كان العيب ظاهرا وقت المبيع وكان المشتري يعرفه

ب- اذا كان المشتري يستطيع ان يتبين العيب بنفسه لو انه فحص المبيع بما ينبغي من العناية .

يؤيد ذلك قرارين محكمة التمييز (١) و(٢) .

ويضمن البائع عيوب المبيع الخفية في النقطتين الآتيتين :-

آ- اذا كان العيب خفيا ولا يستطيع المشتري ان يعرفه حتى لو فحص المبيع بعناية الرجل المعتاد .

ب- اذا اثبت المشتري ان البائع قد أكد له خلو المبيع من العيب او اخفى عنه العيب غشا منه .

يؤيد هذا الاتجاه قرار محكمة التمييز (٣) .

اما الفقه الاسلامي فقد اعتمد على عدم علم المشتري بالعيب وليس على خفاء هذا العيب .[٤] ومن مجمل النصوص التي تطرقنا اليها نجد

---

١) المرقم ١٧٧٤/حقوقية/٥٥ بغداد والذي جاء فيه (مادام ان للمشتري حق الانتفاع بالمبيع انتفاعا تاما فالعيب بالمبيع يحرمه من الانتفاع التام - سلمان بيات - القضاء المدني العراقي - ج ٢ - ٦٣ .

٢) القرار المرقم ٢٨٦/م اولى/ ٨٧ - ٨٨ والمؤرخ ٢٧/ ٤/ ١٩٨٨ المنشور في مجموعة الاحكام العدلية - العدد الثاني لسنة ١٩٨٨ - ومفاده (لا يضمن البائع عيبا قديما كان المشتري على علم به مما يكون المشتري قد اسقط خياره بالمطالبة عملا باحكام المادة ٥٦١ من القانون المدني اذا كان قد تصرف بالمبيع) .

٣) المرقم ٦٦٢/م ٢/ ٦٧٥ والمؤرخ ١٢/ ٣/ ٦٧٥ المنشور في مجموعة الاحكام العدلية - العدد الاول السنة السادسة - ص ٢٦ والذي جاء فيه (ان اقرار المشتري بفحصه السيارة وقبولها على كل عيب لا يسقط حقه في طلب الفسخ اذا ظهر في السيارة عيب فني يفوت على المشتري الغرض المقصود من شرائها) .

٤) سعد دياب - نفس المصدر السابق ص ٨٦

ان العيب الموجب للضمان يجب ان يكون خفيا ولا يضمن البائع العيوب الظاهرة . او العيوب التي كان بمقدور المشتري كشفها لان العيب الموجب للضمان يجب ان يكون خفيا لا ان يكون المشتري جاهلا او مهملا ويتحقق ضمان العيب الخفي في جميع الحالات التي يشملها التعامل بالمبيع سواء كانت منقولة او عقارات الا انه يكون نادر الوجود في العقارات وخاصة غير المبنية منها لان كشف العيب في العقار قد يكون صعبا وخاصة اذا كانت في تكوين البناء رداءة في المواد المستعملة .

وهنا لابد من التساؤل فيما اذا كان العيب الخفي يتحقق في حالة المبيع المستعمل سابقا او انه يتحقق في المبيع الجديد فقط .

ومن استعراضنا الى مصادر هذا البحث وجدنا بان هناك بعض المبررات :-

١- المبرر الاول بين عدم الاخذ بضمان العيب الخفي في المبيع المستعمل سابقا ويرد هذا الرأي ان الضمان في المبيع يعرقل نتاج المواد الجديدة اضافة الى تعارضه مع حالة الاستعمال والقدم في الشيء .

٢- اما المبرر الثاني فانه يعتبر ضمان العيب الخفي سواء كان في المبيع المستعمل او الجديد ذلك لان واقع الامر الحاصل في المبيع المستعمل لايعني عدم الفائدة منه كليا ولا يعني تغيير طبيعته وانما قد يحصل تخفيض في درجة نفعه ولذلك فان المشتري لا يرجع بالضمان على البائع بقدم الشيء وانما يرجع عليه بالعيب الخفي المؤثر في الشيء ولو كان قديما اضافة الى ان المبيع المستعمل وان كان لا يؤدي نفس الفائدة التي يؤديها المبيع الجديد مع ذلك ليس من الجائز عدم الاستفادة من البضاعة المستعملة بصورة مطلقة والا لم تبق حاجة لعقد البيع ويترتب على ذلك ان قدم المبيع بذاته لايعتبر عيبا ولا يتحمل البائع هذه الحالة لان المشتري عند ابرام العقد على المبيع يعرف بهذه الحالة قبل انتقاله اليه .(١)

ونحن مع التبرير الثاني لان المبيع المستعمل لاتنعدم منه الاستفادة وحالته هي كالحالة بين الجيد والرديء وعند تحقق هذا الشرط والشروط الاخرى التي سنأتي على ذكرها يحق للمشتري الرجوع بالضمان على البائع .

---

١) أسعد ذياب - ضمان عيوب المبيع الخفية - ص ٤٥ و ٤٦ .

٢- ان يكون العيب مؤثرا :-

لقد نصت الفقرة الثانية من المادة ٥٥٨ من القانون المدني العراقي (على ان العيب هو ما ينقص ثمن المبيع عند التجار وارباب الخبرة او مايفوت به غرض صحيح اذا كان الغالب في امثال المبيع عدمه)[١].

واشترط نص المادة ٤٤٧ من مجموعة القوانين المدنيه المصرية (اذا كان بالمبيع عيب ينقص من قيمته او من نفعه بحسب الغاية المقصوده مستفادة مما هو مبين في العقد او مما هو ظاهر من طبيعة الشيء او الغرض الذي اعد له)[٢].

وذلك بحيث يكون العيب له أثر موجب للضمان والعيب الذي ينقص ثمن المبيع او يفوت منفعته هو الذي يقع في المبيع نفسه - وحددت الضوابط التي نصت عليها المادتان المشار اليهما بأن يكون نقص قيمه المبيع نقصا بينا وأن يكون المبيع غير صالح للاستعمال فيما اعد له . اما العيوب التي لم تسبب نقص قيمة المبيع ولم تفوت الانتفاع به وانما تكون عيوبا بسيطه خفيفة فانه لاتوجب الضمان لما ان البائع يعتبر مسؤولا عما اشترط في المبيع او اشترطه المشتري على البائع.

ومن هذا المنطلق فقد سمى بعض الشراح العيب المؤثر بالعيب الجسيم[٣] وهو العيب المؤثر في المبيع الذي يكون موجبا لضمان البائع . اما اذا لم يكن العيب جسيما فانه لايوجب الضمان على البائع انما يتحمل ذلك المشتري حتى تبقى الثقة سائدة في عقود البيع بين الناس والقول بغير ذلك تضعف ثقة الناس بمعاملات عقود البيع ومعرفة ما اذا كان العيب مؤثرا ان جسيما او بسيطا هي مسألة وقائع تحسمها ظروف القضية ووقائعها .

---

١) الفقرة الثانية من المادة ٥٥٨ مدني عراقي - ص- ١٩٨
٢) المجموعة المدنية المصرية - الفقره الاولى من المادة ٤٤٧
٣) الدكتور توفيق حسن فرج - عقد البيع والمقايضة - طبعة ١٩٦٨ - ص- ٤٧٦ بند ٢١٣.

ولهذا فأن المبيع المضمون هو المبيع الذي ينقص ثمنه او يفوت منفعته او غير صالح للغرض الذي اعد له . كما ان الشروط التي يشترطها المشترى في المبيع تكون معتبره وعلى البائع الوفاء بها فأذا اشترط المشترى ان يكون في السيارة المباعة شروط معينة وتكفل البائع بها ولم يجدها المشترى اثناء البيع والتسليم كان ذلك عيبا جسيماً مؤثرا موجباً لضمان البائع وقد أكدت المادة ٤٤٧ من القانون المدني المصري هذه الحالة حيث جاء فيها (اذا لم يتوافر في المبيع وقت التسليم الصفات التي كفل البائع للمشترى وجودها فيه) وسواء نص على هذه الشروط في العقد صراحه او انها موجودة ضمنا . والخلل في الصفات يعتبر عيبا في نص المادة ٤٤٧ مدني مصري في حين انه لم يرد في المادة ٥٥٨ من القانون المدني العراقي مايشير الى ان تخلف الصفات هو عيب توجب الضمان على البائع رغم وجود التوافق بين نص المادتين المذكورتين .

وورد في صدر المادة ٤٤٧ مدني مصري يكون البائع ملزما بالضمان اذا لم يتوافر في المبيع وقت التسليم الصفات التي كفل للمشترى وجود عيوب في ذلك كان البائع يضمن وجود الصفات التي ذكرها او اشترط المشترى وجودها في المبيع .

واما العيوب المتسامح بها عرفا فلا توجب الضمان كما اشارت الى ذلك المادة ٤٤٨ من القانون المدني المصري .

ولذلك فأن هذه المادة اشترطت بأن العيب الموجب للضمان يجب ان يكون :-

١- جسيما بحيث ينقص من قيمه المبيع نقصا محسوسا .

٢- ان يجعله غير صالح للاستعمال فيما اعد له سواء بحسب ماهيته او بمقتضى الاتفاق في عقد البيع ذاته .

١- والمعيار الذي يحدد جسامة العيب من عدمه هو أمر متروك لظروف ووقائع الموضوع الذي يبت به القاضي في كل حالة وقد يكون من المفيد الرجوع الى التجار وارباب الخبره كما نصت الى ذلك الفقره الثانية

من المادة ٥٥٨ من القانون المدني العراقي .

وهنا يرد تساؤل فيما اذا حصل نقص في مقدار المبيع فهل يعتبر ذلك عيبا ؟ .

وللاجابة على هذا السؤال يجب التفرقة عند النقص في قيمة المبيع بسبب العيب وحالة النقص في مقدار المبيع ذلك لأن الفقرة الثانية من المادة ٥٥٨ قد اشارت الى ان العيب هو ما ينقص ثمن المبيع . وكذلك المادة ٤٤٧ من القانون المصري اعتبرت العيب هو ما ينقص من قيمة المبيع او من نفعه بحسب الغاية المقصودة وما هو مبين في العقد في حين ان النقص في مقدار المبيع يختلف عن هذه الحالة وذلك لأن النقص في مقدار المبيع هو عجز البائع بعدم تسليم القدر المتفق عليه بينه وبين المشتري وبعد ذلك يعتبر قد أخل بالتزامه بتسليم المبيع .

اما حالة العيب فأن البائع ملزم بتسليم المبيع المتفق عليه دون نقص ولكن يوجد فيه عيب يؤثر في قيمته ولا ينقص من مقداره .

٢- عدم صلاحية المبيع للاستعمال : - وفي هذه الحالة يؤدي العيب الى جعل المبيع غير صالح للاستعمال بما اعد له واشارت الى ذلك الفقرة الثانية من المادة ٥٥٨ بقولها (العيب هو ما ينقص ثمن المبيع عند التجار وارباب الخبرة او ما يفوت به غرض صحيح اذا كان الغالب في امثال المبيع عدمه فاذا كان العيب لا يمكن المشتري من تحقيق الغرض الذي اعد له المبيع كان ذلك موجبا للضمان فاذا كان المبيع دواء فأن العيب يجعله غير صالح للاستعمال . وان الاغراض المقصودة من المبيع هو المنافع التي يحصل عليها المشتري من المبيع فأذا لم يستفد المشتري من المبيع بسبب العيب الخفي فان له الرجوع بضمان العيب على البائع .

واعتبرت المادة ٤٤٧ من القانون المدني المصري تخلف الصفات في المبيع عيبا يوجب الضمان . ويفرق الدكتور حسن علي الذنون بين نص المادة ٤٤٧ مدني مصري ونص المادة ٥٥٨ مدني عراقي فيقول (ان القانون المدني المصري يجمع بين المعيار المادي والمعيار الشخصي عند

على ما يذهب اليه فقهاء الشريعة الاسلامية • ويستطرد فيقولون (ولا يرد علينا بأن المعيار الذي اقره المشرع العراقي مادي أو شخصي ذلك فهو مادي اذ يشترط ان يكون من شأن العيب نقص القيمة عند التجار وأهل الخبرة • وهو شخصي او ذاتي عندما يشترط به ان يفوت غرضا صحيحا لاننا نقول ان العبرة بالغرض الصحيح الذي يقدره الناس عادة في المبيع لا هذا الغرض الشخصي الذي قدره المشتري واراده ويترتب على هذا انه اذا كان المشتري قد اخبر البائع بالاستعمال الذي يقصده من شراء العيب وجب على القاضي ان يراعي ذلك عند تقديره للعيب لأن الغرض تحدد عند تكوين العقد بهذا الاخبار وهو غرض مقصود بالشرط والاخبار واذا لم يجد له المشتري غرضه من الشراء فأن القاضي ينظر في أمر تقدير العيب للاستعمال المقصود عادة من الشيء اذ اننا هنا في الحقيقة امام خيار وصف لا خيار عيب •(1)

٢- ان يكون العيب قديما :-

فقد ورد في عجز الفقرة الثانية من المادة ٥٥٨ (ويكون العيب قديما اذا كان موجودا في المبيع وقت العقد او حدث بعده في يد البائع قبل التسليم) • ولذلك فأن المقصود هنا هو العيب القديم في المبيع لأن العيب لا يكون موجبا للضمان الا اذا كان قديما كما ورد ذلك في ضوابط المادة ٥٥٨ مدني عراقي • فقد أوضحت الفقرة المشار اليها اعلاه بأن العيب يكون قديما اذا كان موجودا في المبيع وقت العقد او حدث بعده وهو لا يزال في يد البائع وقبل تسليمه الى المشتري • ومن هذا الواقع فأن البائع يضمن العيب الموجود وقت البيع وكذلك يضمن العيب الذي ينشأ بعد ابرام العقد وقبل تسليم المبيع الى المشتري ويترتب على ذلك حق الرجوع على البائع بضمان العيب اما اذا لم يكن العيب قديما وانما حدث بالمبيع بعد ان تسلمه المشتري في هذه الحالة

---

1) الدكتور حسن علي الذنون - كتاب شرح القانون المدني العراقي - العقود المسماة - عقد البيع - ص ٢٣٨ •

ليس له حق الرجوع على البائع بضمان العيب وانما يتحمل هو تبعته .

ولكن ما هو الحل اذا كان سبب العيب موجودا ولم يحدث الا بعد تسليم المبيع الى المشتري؟ .

ومثال ذلك لو كان ان محصول حب الحنطة او الرز قد اصيب بالسوس قبل التسليم وبعد تسليمه الى المشتري انتشر السوس فيه .

فهل يعتبر ذلك عيبا موجبا للضمان ام لا؟ .

نرى ان ذلك يعتبر عيبا قديما لأن اساس العيب هو سببه الذي ادى الى انتشار الاصابة بالسوس فهو قد فوت الغرض من منفعة المبيع وبالتالي فان على البائع الضمان وبهذا الصدد يقول السنهوري (وقد يوجد سبب العيب او جرثومة قبل التسليم ولكن العيب ذاته لا يحدث الا بعد التسليم فاذا كان المبيع حيوانا مثلا فقد توجد فيه جرثومة مرض او ميكروب المرض قبل ان يتسلمه المشتري ثم يحدث المرض بعد ان يتسلمه فاذا أمكن المشتري ان يثبت ذلك فأن العيب الذي يرجع سببه المباشر الى ماقبل التسليم يعتبر في حكم الموجود وقت التسليم ومن ثم يضمنه البائع)[1] .

وبنفس الرأي قال الدكتور غني حسون طه حيث ورد بقوله (يعتبر العيب قديما كذلك متى كان حدوثه مستندا الى سبب حاصل في هذه الفترة ان متى قام بالمبيع سبب العيب بعد البيع وقبل التسليم حتى ولو لم يتم او يظهر الا بعد التسليم ففي بيع الاخشاب والغلال يكفي ان يكون السوس قد دخلها قبل التسليم ولولم يظهر وينتشر الا فيما بعد)[2] . وكذلك قال بهذا الرأي الدكتور سعدون العامري حيث جاء بقوله (كما يضمن ايضا العيب الذي نشأ في الفترة الواقعة بين ابرام العقد وتسليم المبيع

1) السنهوري ـ الوسيط في شرح القانون المدني ـ المجلد الاول ـ البيع والمقايضة ـ ج ٤ ـ ص ـ ٧٢٣ ـ طبعة ١٩٦٠ .

2) الدكتور غني حسون طه ـ الوجيز في العقود المسماة ـ الجزء الاول ـ عقد البيع طبعة ١٩٦٩ ـ ١٩٧٠ ـ بغداد ـ ص ـ ص ٣٠٩ ـ ٣١٠ .

فبمجرد تولد العيب قبل التسليم يكفي للرجوع على البائع حتى اذا لـــم يظهر اثره الا بعد التسليم وعلى ذلك يضمن البائع العيب الذي قــام اصله او نشأت جرثومة قبل التسليم كما هو الحال في مرض الحيـوان او تسوس الغلال)[1] كما ان الدكتور حسن علي الذنون اوجب الضمان على البائع في حالة وجود سبب العيب قبل انتقال المبيع الى المشتري.[2]

وقد اختلف موقف المشرع المصري في ضمان العيوب الخفيه عـن موقفه في تحمل تبعه الهلاك ذلك لأن القانون المصري القديم يعتبـر ضمان الهلاك على البائع حتى يقوم بتسليم العين الى المشتري سواء كانت هذه العينة معينة بالذات او بالنوع.[3]

ولكن فقهاء الشريعه الاسلامية لا يجمعون بين انتقال الملكية وبيـن ضمان العيوب الخفية ويعتبرون ضمان العيوب الخفية مقترنا بالتسليـم لما اعتبر ذلك في ضمان الهلاك ولذلك فان العيب القديم في رأيهـم هو ذلك العيب الذي يكون موجودا في المبيع قبل التسليم سواء كـان عينا معينه بالذات او كان من الاشياء المثلية التي لا يمكن تعينهـا الا بواسطة الكيل او الوزن او العد ؛ ومعنى هذا أن نطاق العيب الخفي القديم عند فقهاء الشريعه الاسلامية اوسع مدى منه عند فقهاء القانون المدني وبرأي الشريعة الاسلامية الغراء اخذ القانون المدني العراقي المـادة ٥٥٨/ فقرة/ ٢ وبه اخذت معظم القوانين المدنية الحديثة.[4]

وقد قال فقهاء الحنفيه اذا اشترى احد شيء فوجد به عيبـا تنقص به قيمته لم يعلم به وقت الشراء او قبله فلا يخلو . اما ان يكـون

1) الدكتور سعدون العامري ــ الوجيز في شرح العقود المسماة ــ الجـزء الاول في البيع والايجار الطبعه الثالثة بغداد ــ ١٩٧٤ ــ ص ــ ١٥٠.
2) الدكتور حسن علي الذنون ــ شرح القانون المدني العراقي ــ العقود المسماة ــ عقد البيع ــ ص ــ ٢٣٧.
3) الدكتور حسن علي الذنون ــ المرجع السابق ــ ــ ٢٣٦.
4) الدكتور حسن علي الذنون ــ المرجع السابق ــ ص ٢٣٦ ــ ٢٣٧ ــ والمادة ٤٤٧ من القانون المدني المصري الحديث.

ذلك العيب قد حصل وهو في يد البائع قبل ان يقبضه المشتري او حصل بعد ان قبضه المشتري فاما الاول فهو على خمسة وجوه : ـ

١ـ ان يكون ذلك العيب قد حدث بعد العقد بفعل البائع وهو في يده وفي هذه الحالة يكون المشتري بالخيار في تركه او اخذه مع طرح حصته من الثمن تعادل النقص الذي حصل بسبب ذلك العيب سواء وجد فيه عيب آخر قديما او حدث قبل العقد اولا .

٢ـ ان يكون ذلك العيب قد حدث بفعل المشتري وفي هذه الحالة يكون المشتري ملزما بدفع كل الثمن ولو كان البائع هو الذي منعه في استلامه بسبب عدم دفع الثمن فاذا وجد فيه عيبا قديما حدث عند البائع بغير فعل المشتري ففي هذه الحالة للمشتري رده بالعيب القديم ويسقط عنه الثمن ولكن عليه ان يدفع تعويض ما احدثه بفعله من العيب .

٣ـ ان يكون ذلك العيب قد حدث بفعل اجنبي عن البائع والمشتري والمبيع وفي هذه الحالة يكون المشتري بالخيار ان شاء رضي به بجميع الثمن وعلى الاجنبي تعويض ما احدثه من النقص في المبيع وان شاء رد المبيع وسقط عنه الثمن .(١)

٤ـ ان يكون العيب قد حصل بآفة طبيعية فللمشتري ان يرده ويأخذ كل الثمن وان شاء ان يأخذه ويطرح من الثمن بقدر ما حدث فيه من العيب فان اطلع مع ذلك على عيب قديم حدث فيه وهو عند البائع ففي هذه الحالة لا يصح رده بالعيب القديم لانه يرده حينئذ وهو معيب بعيبين وهو لا يصح رده الا بالعيب القديم .

٥ـ ان يكون العيب قد حدث بفعل المبيع وحكمه كحكم الوجه الرابع .

اما اذا حدث العيب بعد ان استلمه المشتري فهو على خمسة اوجه ايضا : ـ

---

١) عبد الرحمن الجزيري ـ الفقه على المذاهب الاربعة ـ قسم المعاملات ـ ج ٢ ـ ص ـ ٢٤٨ طبعه ١٩٢٣ .

١ـ ان يكون العيب بفعل المشترى .

٢ـ ان يكون العيب بآفة سماوية .

٣ـ ان يكون بفعل المعقود عليه .

٤ـ ان يكون بفعل البائع .

٥ـ ان يكون بفعل اجنبي .

وحكم الاول والثاني والثالث انه اذا كان بالمبيع عيب قديم سوى ذلك العيب الذى حدث عند المشترى فلنه لا يرد به لأن العيب الجديد تعارض مع العيب القديم وللمشترى ان يطالب بتعويض ما نقص من المبيع بسبب العيب القديم الا اذا رضى ان يأخذ المبيع مع نقصه بالعيب الجديد .

وحكم الرابع والخامس وعما ما اذا كان العيب بفعل البائع او بفعل اجنبي بعد ان يقبضه المشترى . ان المبيع اذا كان به عيب قديم سواء احدث ذلك العيب بفعل البائع أو الاجنبي فانه لا يرد به وعلى كل منهما تعويض ما احدثه في المبيع من النقص بجنايته عليه .(1)

ويتضح من ذلك ان نطاق العيب الخفي القديم في رأى فقهاء الشريعة الاسلامية هو اوسع منه عند فقهاء القانون المدني . وحيث ان الشريعة الاسلامية الغراء هي مصدر من مصادر القوانين المدنية العربية فقد أخذ القانون المدني العراقي بهذا الرأى كما نصت على ذلك المادة ٥٥٨ ف٢ مدني .

٤ـ ان يكون العيب الخفي غير معلوم للمشترى :ـ

اضافة الى ان العيب الموجب للضمان يجب ان يكون خفيا ومؤثرا وقديما لابد وان يكون العيب غير معلوم عند المشترى وقت البيع ذلك ان المشترى اذا كان يعلم بالعيب بالفعل وقت تسلمه المبيع لا يحق له الرجوع بالضمان على البائع لأن علم المشترى بالعيب وقبوله به او السكوت عنه يعتبر رضاءا منه وبالتالي فانه يعتبر متنازلا عن حقه بالرجوع على البائع بالضمان

---

1) عبد الرحمن الجزيرى ـ كتاب الفقه على المذاهب الاربعة ـ قسم المعاملات ـ ج ٢ ـ ص ١٥٠ ـ ٢٥١

وقد اشارت الى ذلك المادة ٤٤٧ من القانون المدني المصرى حيث جاء فيها (ومع ذلك لا يضمن البائع العيوب التي كان المشترى يعرفها وقت المبيع) . ونصت على ذلك المادة ٥٥٩ من القانون المدني العراقي والتي نصت على انه (لا يضمن البائع عيبا قديما كان المشترى يعرفه او كان يستطيع ان يتبينه بنفسه لو انه فحص المبيع بما ينبغي من العناية .... الخ) .

والقاعدة العامة هو مادام العيب خفيا فان الاصل ان المشترى لا يعلم بذلك العيب اما اذا ادعى البائع بان المشترى له علم بالعيب الخفي فعليه اثبات ادعائه واثبات كون المشترى له علم بالعيب وقت التسليم هو واقعة مادية .

وان البائع يستطيع ان يثبتها بكافة طرق الاثبات هذا من جهة ومن جهة اخرى فاذا كان العيب موجودا وقت البيع وان المشترى لا يعلم به ولكنه عرف وقت التسليم ورضى بذلك ولم يبد اعتراضا فليس له حق الرجوع بالضمان على البائع .

ومن هذا المنطلق فان العيب يجب ان يكون موجودا في المبيع وقت البيع وان المشترى لا يعلم به لا وقت البيع ولا وقت التسليم وحتى لو اثبت البائع ان العيب حصل بعد البيع ولكنه حدث قبل التسليم يجب ان لا يكون المشترى عالما به . اما اذا استطاع البائع ان يثبت ان المشترى كان عالما به وقت التسليم فان حق الضمان يسقط عنه وليس للمشترى مطالبة البائع بما يترتب على ذلك العيب .

وقد اشارت الفقرة الاولى من المادة ٤٤٧ من القانون المدني المصرى الى هذه الحالة بقولها (ويضمن البائع هذا العيب ولو لم يكن عالما بوجوده) .

الا ان علم البائع بالعيب او عدم علمه قد يؤدى الى تعديل احكام الضمان بالتخفيف او بالتشديد او باسقاط الضمان وما دام ان المدين في ضمان العيوب الخفية هو البائع فهل ينتقل التزام البائع بضمان العيوب الخفية الى ورثته ؟ .

للاجابة على هذا التساؤل فان هذه الحالة هي كحالة الديـــــن الذي يكون بذمة الشخص وينتقل الى تركته بعد وفاته وبذلك تصبح التركـــة هي المدينة لا الوارث واذا رجع المشترى بضمان العيب الخفي فان لـــه حق الرجوع على التركة وليس على الورثة وله ان يستوفي ما يترتب على العيـــب الخفي من التركة ولا يحق للورثة اقتسام التركة الا بعد سداد جميـــع الديون المترتبة عليها ومنها الدين الناشئ بضمان العيب الخفي .

ويقول السنهوري (ويتصل دائن البائع التزام البائع بضمان العيـــوب الخفية على الوجه المقرر في القواعد العامة ، ذلك ان المشتري يصبح هو ايضا دائن للبائع بضمان العيوب الخفية فيشارك سائر دائني البائع مشاركـــة الغرماء .(١)

ولذلك فان المشتري هو الدائن بضمان العيوب الخفية وحسب القاعدة ينتقل حقه الى الوارث فاذا مات المشتري يحق لورثته الرجوع بضمان العيـــب الخفي على البائع وتكون حصة كل منهم من الضمان بقدر نصيبه من العيـــن المباعة .

ويستثنى من الرجوع بالضمان على البائع حالة البيع بطريقة المزايـــدة بمعرفة المحكمة او الجهات الحكومية الاخرى ولا تسمع دعوى ضمان العيـــب فيه وقد اكدت ذلك المادة ٥٦٩ مدني عراقي والتي سنأتي على ذكـــر هذه الحالة في الفصل الاخير من هذا البحث عند التحدث عن عـــدم سماع دعوى الضمان .

وان العيب يكون غير معلوم عندما لا يمكن الكشف عنه بالطرق العاديـــة لأن العيب المعلوم يأخذ حكم العيب الظاهر وعندئذ لا يعتبر من العيـــوب الخفية لذلك لا يجوز للمشترى الرجوع بالضمان على البائع اذا علم بالعيـــب سواء كان ذلك بالفحص الاعتيادي او عن طريق البائع . وقد اوضحـــت المادة ٥٥٩ مدني عراقي ذلك بقولها (لا يضمن البائع عيبا قديما كان المشترى يعرفه او كان يستطيع ان يتبينه بنفسه لو انه فحص المبيع بما ينبغي مـــن

---

١) السنهوري ـ الوسيط في شرح القانون المدني ـ المجلد الاول ـ البيـــع والمقايضة ـ ج ٤ ـ طبعة القاهرة ـ ١٩٦٠ ـ ص ٧٢٩ .

العناية الا اذا اثبت ان البائع قد أكد له خلو المبيع من هذا العيب او انه اخفى عنه العيب غشا منه . وكذلك نصت المادة ٥٦٠ من القانون المدني العراقي :-

١- (بانه اذا تسلم المشتري المبيع وجب عليه التحقق من حالته بمجرد تمكنه من ذلك وفقا للمألوف في التعامل فاذا كشف عيبا يضمنه البائع وجب عليه ان يبادر باخباره عنه ، اما اذا اهمل في شيء من ذلك اعتبر قابلا للمبيع) .

٢- (اما اذا كان العيب مما لا يمكن الكشف عنه بالفحص المعتاد ثم كشفه المشتري وجب عليه ان يخبر به البائع عند ظهوره والا اعتبر قابلا للمبيع وكذلك لا يضمن البائع عيبا جرى التعامل على التسامح فيه) .

حيث ان عدم علم المشتري بالعيب الخفي يحقق له حالة الرجوع بالضمان على البائع . وبصدد هذا الشرط يقول الدكتور علي حسين نجيدة (وتجدر ملاحظة عدم التعارض بين شرط خفاء العيب وشرط عدم علم المشتري به فقد يكون العيب خفيا طبقا للمعيار الموضوعي الا انه معلوم للمشتري . فالخفاء كما اشرنا اليها سابقا صفة في العيب لا يؤثر فيها علم المشتري به) .[1]

اما الدكتور السنهوري فقد اعتبر ان علم المشتري بالعيب لا يكون موجبا لضمان المبيع حيث ورد بقوله مايلي (فانه لا يكون عيبا موجبا للضمان اذا اثبت ان المشتري كان يعلمه بالفعل وقت تسلم المبيع بالرغم من خفائه فأن علم المشتري بالعيب وسكوته عليه يعد رضاء منه به ونزول عن حقه في الرجوع بالضمان)[2]

وقد ايدت الفقرة الثانية من المادة ٤٤٧ من القانون المدني المصري رأي السنهوري حيث جاء فيها (ومع ذلك لا يضمن البائع العيوب التي كان المشتري يعرفها وقت البيع) . وقد جاء بقول السنهوري كذلك (ومادام العيب خفيا فالمفروض ان المشتري لا يعلم به فاذا اراد البائع التخلص من الضمان

---

١) الدكتور علي حسين نجيدة - ضمان عيوب المبيع في عقد البيع - طبعه ١٩٨٦ - ص ٤١

٢) السنهوري - الوسيط في شرح القانون المدني - المجلد الاول - البيع والمقايضة - ج ٤ طبعة ٩٦٠ - ص ٧٢٧ .

تعليه هو عبء اثبات ان المشترى كان يعلم به وقت التسليم) .[1]

ويقول السنهوري كذلك (يجب ان يكون المشترى غير عالم بوجود العيب في وقت العقد وفي وقت التسلم معا فان كان علما به في اى وقت من هذين الوقتين فلا خيار له ذلك ان اقدامه على الشراء مع العلم بالعيب رضاء منه به دلالة) .[2]

كما وان البائع لم يكن ملزما بالضمان اذا اشترط على المشترى البراءة من العيب وقبول المشترى بشرط البراءة من العيب يعتبر نزولا عن حقه بالضمان الا اذا كان عيب خفي فني في المبيع . وقد اكد ذلك قرار محكمة التمييز .[3]

وبعد ان انتهينا من الفصل الاول سنتناول الفصل الثاني تباعا .

---

١) السنهوري ـ نفس المصدر السابق ـ ص ـ ٧٢٧
٢) السنهوري ـ مصادر الحق في الفقه الاسلامي ـ نظرية السبب ونظرية البطلان ـ ـ ج ٤ ـ طبعة ١٩٥٧ ـ ص ـ ٢٧٦ .
٣) المرقم ٩٩٢/ مدنية ثانية/ ٩٧٥ والمؤرخ ١٣/ ٣/ ١٩٧٥ (ومفاده ان اقرار المشترى وفحصه للسيارة وقبولها على كل عيب لا يسقط حقه في طلب الفسخ اذا ظهر في السيارة عيب فني خفي يفوت على المشترى الغرض المقصود من شرائها) .
المنشور في مجموعة الاحكام العدلية ـ العدد الاول ـ السنة السادسة ـ ص ٢٩

الفصـــل الثانـــي

احكـــام ضمـــان العيـــوب الخفيـــة

بعد ان تحدثنا عن الشروط المتعلقة بضمان العيوب الخفية فأننا سنتنـــاول في هذا الفصل احكام ضمان العيوب الخفية فنقول انه بعد انتقال المبيع الـــى المشترى وظهور عيب فيه من العيوب الخفية وجب معالجة الموضوع وحل الخلافـــات الناشئة بين البائع والمشترى وفقا لاحكام الضمان في احدى الحالات التاليـــة التي سنتناولها بثلاثة فروع : ـ

الفـــرع الاول : ـ رد المبيع وفسخ العقد بدعوى الضمان

الفرع الثانـــي : ـ بقـــاء المبيع لدى المشتـــرى

الفرع الثالـــث : ـ موانـــع رد المبيـــع

ـ الفـــرع الاول ـ

رد المبيع وفسخ العقد بدعوى الضمـــان

لقد نصت المادة ٥٥٨ من القانون المدني العراقي على انه اذا ظهر بالمبيـــع عيب قديم كان المشترى مخيرا ان شاء رده وان شاء قبله بثمنه المسمى • ومـــن هذا النص فأن المشترى له الخيار في رد المبيع وفسخ العقد بدعوى الضمـــان عند توفر الشروط في هذه الحالة بعد انتقال المبيع الى المشترى • فاذا حصـــل اتفاق بين البائع والمشترى على نقطة الخلاف فعندئذ يعتبر الموضوع منتهيـــا وفقا للاتفاق الحاصل بين المتعاقدين اما اذا تمسك كل طرف من اطراف العقـــد برأيه ففي هذه الحالة يضطر المشترى بمراجعة المحكمة المختصة لاقامة دعـــوى ضمان العيب•

ومما لا شك فيه ان الخصم في دعوى ضمان العيب هو البائع لانه هو الملتزم بـــه ولأن البائع ملزم بنقل ملكية المبيع الى المشترى خاليا من العيوب كما انـــه

ملزم بحمي ما يترتب على المبيع ويحمي حق المشتري منه . وهنا لا اشكال فيمـــا اذا كان البائع موجودا فان المشتري يرجع عليه بدعوى ضمان العيب اذا كان المبيـــع واحدا ولكن الاشكال يقع على تعدد البيوع المنصبة على صفقة واحدة .

ولكن المادة ٥٦٠ مدني عراقي قد اجابت على ذلك بقولها (ما بيع صفقـــة واحدة اذا ظهر بعضه معيبا فاذا لم يكن في تفريقه ضرر كان للمشتري ان يـــرد المعيب مع مطالبة البائع بما يصيبه من الثمن وليس له ان يرد الجميع ما لم يرضـــى البائع . اما اذا كان في تفريقه ضرر رد الجميع او قبل الجميع بكل الثمـــــن) .

وهنا لابد من التساؤل اينما ما هو الحل اذا حصل العيب في يد المشتـــري الاخير وكمثال على ذلك فلو باع شخص سيارة الى شخص اخر وباعها هذا الشخـــص الى مشتري ثاني ووجد الشخص الاخير عيبا خفيا فيها ؟ . مما لا شك فيه انه فـــي هذه الحالة يحق للمشتري الاخير ان يواجه البائع المشتري الاول والبائع الا و ل بدعوى ضمان العيب لاستعمال حقه برد العين المبيعة وفسخ عقد البيع وللمشتري الاول مواجهة البائع الاول بنفس الطريقة .

ولكن ما هو الحل اذا تعدد المشترون والبائعون وظهور العيب الخفي عنـــد انتقال المبيع الى المشتري الاخير ؟ . ونرى ان في هذه الحالة لكل مشترى الرجوع على الشخص الذي ارتبط معه بعقد البيع حتى مواجهة البائع الاول لاقامة دعـــوى ضمان العيب من قبل المشتري الاخير على الشخص الذي باعه وادخال بقيـــة البائعين اشخاصا ثالثة في الدعوى ويتضح من ذلك عدم وجود اشكال في الموضوع . ويقول الدكتور حسن علي الذنون في شرح القانون المدني العراقي - العقـــود المسماه - عقد البيع (اذا تعددت البيوع المنصبة على مبيع واحد وظهر عيب فـــي يد المشتري الاخير وكانت شخصية البائعين السابقين معرفة فأن فقهاء القانون المدني يقررون ان المشتري الاخير يستطيع الرجوع بضمان العيب على الباعه السابقيـــن كما هي الحالة في ضمان الاستحقاق وهو يرجع عليهم باحد طريقين اولهما طريـــق الدعوى غير المباشرة وبها يتعقب الباعة السابقين حتى يعثر على بائع مقتـــــدر . ويستطرد فيقول ونظرا لما في هذه الدعوى من عيوب فانه يستطيع ان يسلك الطريـــق الثاني حسب راى الفقهاء الذي يقول ان المشتري يستطيع ان يرجع على اي مـــن

الباعة السابقين بدعوى مباشرة يرفعها باسمه ولحسابه ويبرر الفقهاء اعطاء المشترى هذه الدعوى بقولهم ان البائع ينقل الى المشترى لا ملكية المبيع فقط وانما كل حق يحفظ هذه الملكية ويحميها •

ولا ريب في ان دعوى الضمان تعتبر من ملحقات المبيع الضرورية تنتقل مع العين المبيعة عند البيع ولهذا لا يجوز للمشترى الاخير ان يرجع على اى من الباعة السابقين • [1]

ونرى ان هذه الطريقة لا تخلو من عيوب وذلك لان في بعض حالات البيع يشترط البائع على المشترى بقبول المبيع على كل عيب وقبول المشترى بذلك يؤيد راينا قرار محكمة التمييز • [2] ولذلك فان كل مشترى يستطيع ان يواجه البائع الذى تسلم منه المبيع •

ولا اعتقد بانه يستطيع ان يواجه جميع البائعين لانه قد يصطدم باتفاق احد البائعين مع المشترى الذى ارتبط بعقد البيع معه على براءة المبيع من العيوب وان يوافق المشترى على ذلك ويتنازل عن حقه بالضمان والطريق الذى يستطيع المشترى به رد العين المباعة هي اقامة دعوى ضمان العيب • والافضل ان يقيم الدعوى المباشرة بنفسه على الشخص الذى باعه ومن ثم بالامكان ادخال بقية البائعين اشخاص ثالثة في الدعوى وبهذه الطريقة يستطيع ان يحصل على حقه بضمان العيب على ضوء وقائع الدعوى وما يتوفر فيها من ادلة قانونية ضد البائع او اى من الاشخاص الثالثة • وهنا لابد من الاشارة بانه على المشترى الذى يحق له اقامة دعوى ضمان العيب يجب عليه اخطار البائع بوجود العيب بالمبيع وذلك بتوجيه انذار خلال مدة معقولة لتلافي حالة العيب وحل الاشكال الحاصل

---

1) شرح القانون المدني العراقي ـ العقود المسماة ـ عقد البيع ـ الدكتور حسن علي الذنون ـ ص٢٣٤ و ٢٤٠ •

2) المرقم ١٧٥٣/ صلحية / ٦٦٣ والمؤرخ ١٧/ ١٢/ ١٩٦٣ والذى جاء فيه مايلي (ليس للمشترى رد المبيع بسبب ظهور عيب فيه اذا كان قد ذكر في ورقة الكمبيالة التي وقعها بالثمن انه قبل المبيع على كل عيب•
ـ قضاء محكمة التمييز ـ المجلد الاول ـ ص١٧ ـ المنشور في كتاب المبادىء القانونية في قضاء محكمة التمييز ـ قسم القانون المدني ـ الاستاذ ابراهيم المشاهدى ـ نائب رئيس محكمة التمييز ـ ص٥٠٧

فاذا لم يفعل ذلك يعتبر المشتري قابلا بالمبيع وعندئذ يسقط حقه بالرجوع على البائع وعلى ذلك نص المادة ٥٦٠ من القانون المدني حيث جاء فيها (انه اذا اكتشف عيبا يضمنه البائع وجب عليه ان يبادر باخباره عنه فان اهمل في شيء من ذلك اعتبر قابلا بالمبيع ... الخ) .

ونصت كذلك المادة ٤٤٩ من القانون المدني المصري على انه :ـ

١ـ (اذا تسلم المشتري المبيع وجب عليه التحقق من حالته بمجرد ان يتمكن من ذلك وفقا للمألوف في التعامل فاذا كشف عيبا يضمنه البائع وجب عليه ان يخطره به الى مدة معقولة فان لم يفعل اعتبر قابلا للمبيع . وجاء في الفقرة الثالثة من المادة المذكورة (اما اذا كان العيب لا يمكن الكشف عنه بالفحص المعتاد ثم كشفه المشتري وجب عليه ان يخطره به البائع بمجرد ظهوره والا اعتبر قابلا للمبيع بما فيه من عيب) .

ويلاحظ ان هذا النص يشابه نص المادة ٥٦٠ من القانون العراقي ويتضمن اخطار البائع بالعيب من قبل المشتري .

٢ـ (اقامة دعوى الضمان . ولذلك فان المادتين المشار اليهما قد اوجبت على المشتري اخبار البائع بالعيب الموجب للضمان وعند سكوته وعدم اخباره البائع بذلك يعتبر قابلا بالعيب . وفي حالة اخبار البائع وعدم استجابته لطلب المشتري فان للمشتري اقامة دعوى الضمان بالرجوع على البائع وقد نظمت المادة ٢٥٧ من القانون المدني كيفية توجيه الانذار) .

يتضح لنا مما تقدم ان المشتري يجب عليه فحص المبيع بعد تسلمه في مدة مناسبة التي تقضي بها ظروف العقد وذلك باخبار البائع بالعيب الذي كشفه واطلع عليه في المبيع بعد اجراء الفحص المعتاد عليه او اجراء الفحص الفني اذا اقتضى ذلك . فاذا اهمل المشتري بشيء من ذلك كما نصت عليه المادة (٥٦٠) مدني عراقي سقط حقه بالرجوع على البائع بالضمان واعتبر قابلا بالمبيع ولكن يبقى المشتري له حق الرجوع على البائع بالضمان حتى لو اهمل في فحص المبيع او اخبار البائع بالعيب الذي كشفه خلال المدة المناسبة اذا كان البائع يعلم بوجود العيب فقد تعمد اخفاءه عن المشتري غشا منه .

كما اشارت الى ذلك عجز المادة ٥٥٦ مدني عراقي حيث نصت : ـ
(اذا اثبت ان البائع قد اكد له خلو المبيع من هذا العيب او اخفى عنه العيب غشا منه) • ورغم ان القانون المدني العراقي لم يشر الى كيفية اقامة دعوى الضمان وفيما اذا كان يحق للمشتري حق اقامة دعوى مباشرة او غير مباشرة على البائعين • الا انه لم يمنع المشتري من اقامة الدعوى المباشرة • وهناك كثير من الحالات والعلاقات التي تحصل بين البائع والمشتري ويمكن حلها عن طريق الدعوى المباشرة على البائعين السابقين وتبصر المحاكم بتلك الحالات وفقا للمواد القانونية التي نظمت ضمان العيوب الخفية • يؤيد كذلك قرارات محكمة التمييز الصادرة بهذا الشأن (١) و(٢) و(٣) •

ويستثنى من رفع دعوى ضمان العيب على البائع حالة المبيع بالمزاد العلني من قبل المحكمة او دوائر الدولة الاخرى التي اشارت اليها المادة ٥٦٩ وسنتحدث عنها بالفصل الاخير من هذا البحث الخاصة بعدم سماع دعوى الضمان •

وهنا يرد تساؤل عن المدة التي يمكن رفع دعوى ضمان العيب فيها؟

وللجواب على ذلك نقول بان المشرع العراقي لم يحدد في المواد ٥٥٨ الى ٥٧٠ من القانون المدني مدة لرفع دعوى ضمان العيب ولكن المشرع المصري قد اشار الى ذلك في المادة ٣١٤ الى ٤٠٢ من القانون القديم بان دعوى ضمان العيب يمكن رفعها خلال ثمانية ايام من وقت العلم بالعيب ولا يمكن قبول الدعوى عند رفعها بعد مضي المدة القانونية المذكورة • ولكن المادة ٤٤٩ من القانون المدني المصري اشارت الى حالة الرجوع بالعيب الذي يضمنه البائع للمشتري ووجوب اخطار البائع خلال مدة معقولة • واشارت المادة ٥٦٠ من القانون المدني العراقي الى نفس الاتجاه ولكنها لم تذكر المدة المعقولة •

---

١) المرقم ١٧٥٣/ صلحية/ ٩٦٣ والمؤرخ ١٧/ ١٢/ ٩٦٣ ـ قضاء محكمة التمييز ـ المجلد الاول ـ ص ٧١ المنشور في كتاب المبادئ القانونية في قضاء محكمة التمييز ـ للاستاذ ابراهيم المشاهدي ـ نائب رئيس محكمة التمييز ـ ص ٥٠٧ •
٢) المرقم ٧٠٢/ حقوقية / ٩٦٥ والمؤرخ ١١/ ٨/ ٩٦٥ ـ نفس المصدر السابق ـ ص ٥٠٧ •
٣) المرقم ٣٩٩/ حقوقية/ ٩٦٥ والمؤرخ ٢٦ / ٥/ ٩٦٥ ـ نفس المصدر السابق ص ٥٠٧ •

ونرى وجوب اخطار البائع بوجود العيب قبل اقامة دعوى ضمان العيب الخفي خلال مدة مناسبة ومعقولة رغم عدم وجود نص في القانون المدني العراقي يعين مدة محددة لاقامة الدعوى .

ودعوى الضمان يصدر قرارا بموجبها بفسخ العقد ورد المبيع مع اعادة الثمن الى المشتري مخيرين بين خيارين عند وجود عيب خفي وقديم بالمبيع . فاما ان يعيد المبيع الى البائع او يقبل المبيع بثمنه المسمى المتفق عليه كما اشارت الى ذلك المادة ٥٥٨ من القانون المدني العراقي .

ونرى ان اتجاه القانون المدني العراقي هو نفس اتجاه الفقه الحنفي الذي قال بخيار العيب . اما الفسخ او استيفاء المبيع بكل الثمن . ولكن راى فقهاء الحنابلة والجعفرية يختلف في هذا الراى فيقولون بان ظهور العيب بالمبيع يحق للمشتري فسخ المبيع او ابقاء المبيع ومطالبة البائع بثمن الجزء المعيب من المعيب . اما القانون المدني المصري فلم ير موجبا لتعدد الاحكام في ضمان العيب الخفي وضمان الاستحقاق . واعتبر الضمانين تحكمهما القواعد العامة وطبق ماتقرر في ضمان العيب على ضمان الاستحقاق . ومن هذا المنطلق فان المبيع الجسيم يكون المشتري مخيراً فيه بين فسخ العقد او ابقاء المبيع مع التعويض عن العيب اي تعويض المشتري عن الجزء المتضرر حسب ماتقضي به القواعد العامة . اما اذا لم يكن العيب جسيما فليس للمشتري الا التعويض .

وخلاصة القول ان المشتري مخير في حالة وجود العيب الجسيم بين فسخ المبيع او ابقاء المبيع مع التعويض عن العيب حسبما تقضي به القواعد العامة وعندئذ يعوض المشتري عما اصابه من خسارة وما فاته من كسب بسبب وجود العيب.

اما اذا لم يكن العيب جسيما فلا يكون للمشتري الا التعويض ويؤيد هذه الحالة قرار محكمة التميز .(1)

---

1) المرقم ١٠٤٤/م٣/ ٩٧٤ والمؤرخ ١٢/ ١/ ٩٧٤ والذي جاء فيه (انه اذا ظهرت السيارة معيبة كان المشتري مخيرا ان شاء ردها وان شاء قبلها بثمنها المسمى وليس له ان يطالب بنقص او فرق السعر) .
- النشرة القضائية - العدد الرابع - السنة الخامسة - ص ٢٨ - المنشور في كتاب المبادئ القانونية في قضاء محكمة التمييز - القسم المدني - الاستاذ ابراهيم المشاهدي - نائب رئيس محكمة التمييز - ص ١٧٤ .

ويظهر ان القرار قد اعتبر هذا العيب في المبيع من العيوب الجسيمة .
ويؤيد هذا الاتجاه كذلك قرار محكمة التمييز .(١)

الفرع الثاني

بقاء المبيع لدى المشتري

نعود الى نص المادة ٥٥٨ مدني الفقرة الاولى منها حيث ورد فيها (اذا ظهر بالمبيع عيب قديم كان المشتري مخيرا ان شاء رده وان شاء قبله بثمنه المسمى) . وفي الحالة الثانية التي اشارت اليها هذه الفقرة هو اختيار المشتري لابقاء المبيع عنده وبذلك فانه يكون ملزما بدفع الثمن المسمى بالعقد وليس له ان يطالب بانقاص الثمن ولذلك فان القانون المدني العراقي اخذ بحكم الفقه الاسلامي خلافا لما ورد بنص القانون المصري كما اشارت الى ذلك المادة ٤٥٠ منه التي جاء فيها . (اذا اخطر المشتري البائع بالعيب في الوقت الملائم كان له ان يرجع بالضمان على النحو المبين في المادة ٤٤٤ مدني مصري ويعني هذا النص ان القانون المصري لم ير موجبا لتعدد الاحكام في ضمان العيب وضمان الاستحقاق ذلك لان الضمانين مرجعهما قاعدة واحدة من القواعد العامة . وان ضمان العيب تطبيقا لما قرره المشرع هو كضمان الاستحقاق وقد اوضحنا ذلك سابقا .

وقال فقهاء الحنفية (اذا حدث العيب بفعل المشتري يكون المشتري ملزما بدفع كل الثمن ولو كان البائع منعه من استلامه بسبب عدم دفع الثمن) (٢)
يعني ذلك ان على المشتري ابقاء المبيع لديه ودفع ثمنه الى البائع .
اما اذا حدث العيب بفعل اجنبي فان فقهاء الحنفية يقررون بان يكون

---

١) المرقم ٩١٢/م٢/ ٩٧٥ والمؤرخ ١٣/ ٣/ ١٩٧٥ والذي جاء فيه (ان اقرار المشتري بفحصه السيارة وقبولها على كل عيب لا يسقط حقه في طلب الفسخ اذا ظهر في السيارة عيب فني يفوت على المشتري الغرض المقصود من شرائها) ـ نفس المصدر السابق ـ ص١٧٤ .
٢) عبد الرحمن الجزيري ـ كتاب الفقه على المذاهب الاربعة ـ قسم المعاملات ـ ج ٢ ـ ص٢٥٠ طبعة ١٩٣٣ .

المشتري بالخيار ان شاء رضي به اي ابقى المبيع لديه بجميع الثمن ولو على الاجنبي تعويضها احدثه من النقص في المبيع وان شاء رد المبيع وسقط عنه الثمن . وفي الحالة التي يبقي المشتري المبيع لديه ويكون في المبيع عيب ينقص من قيمته فله ان يطالب البائع بالفرق بين قيمة المبيع وهو خالي من العيب وقيمته معيبه وبالمصروفات التي تترتب على دعوى الضمان اذا حصل خلاف بين البائع والمشتري واضطر البائع الى رفع دعوى الضمان او يستطيع ان يطالب المشتري البائع بمقدار الخسارة التي حصلت بسبب العيب وكذلك بما فاته من كسب .

واذا كان البائع سيء النية فانه يكون مسؤولا عن تعويض المشتري ان كان له مقتضى .

وهنا نتساءل فيما اذا كانت احكام الضمان تشمل الواهب ويكون مسؤولا عن ضمان العيوب . في الموهوب ام ان الواهب غير مشمول بهذه الاحكام ؟ .

لقد نصت المادة ٤١٥ من القانون المدني المصري على انه: ـ

١ـ يضمن الواهب خلو الشيء الموهوب من العيب .

٢ـ على انه اذا تعمد الواهب اخفاء العيب او ضمن خلو الشيء الموهوب من العيوب كان ملزما بتعويض الموهوب له عن الضرر الذى سببه العيب . ويكون كذلك ملزما بالتعويض اذا كانت الهبة بعوض على ان لا يتجاوز التعويض في هذه الحالة مقدار ما اداه الموهوب له من هذا العوض .

ومن هذا النص يتضح بان الواهب يكون ضامنا للعيب بثلاث حالات: ـ

١ـ اذا تعمد الواهب اخفاء العيب .

٢ـ اذا ضمن الموهوب من العيوب

٣ـ اذا كانت الهبة بعوض .

هذا ولا نجد مايشير في نص المواد ٥٥٨ الى ٥٧٠ مدني عراقي مايلزم الواهب لضمان العيب الخفي في الموهوب .

وهنا لابد من الاشارة الى مسألة مهمة جدا وهي ماذا يترتب على بيع الاعضاء البشرية وهبتها والتبرع بها وما هو الحل اذا وجد بالعضو المبيع او الموهوب او المتبرع به عيب خفي ؟ .

وللاجابة على هذه التساؤلات لابد من معرفة راى الفقه الاسلامي ومن ثم راى بعض التشريعات الوضعية المتيسرة ونشير اليها بصورة موجزة .

١ـ الفقه الاسلامي :ـ

حيث ان ضمان العيوب الخفية هي من اثار عقد البيع لذلك سنتطرق بصورة موجزة الى مشروعية عقد البيع مستندين الى بعض المصادر الاسلامية .

فقد عرفت المادة ٣٤٣ من مرشد الحيران ان البيع بانه تمليك البائع مالا بمال يكون ثمنا للمبيع وعرفه السيد الحلي في تذكرة الفقهاء بانه انتقال عين مملوكة من شخص الى غيره بعوض مقدر على وجه التراضي .(١)

اما مجلة الاحكام العدلية فقد عرفت البيع في المادة ١٠٥ بانه مبادلة مال بمال ويكون منعقدا وغير منعقد .(٢)

وعرف في بعض الكتب الفقهية البيع بانه مبادلة مال بمال على وجه مفيد . وقد قيد هذا التعريف البيع بكلمة مفيد .

ويجوز بعض الفقهاء المسلمين اعطاء الدم الى المرضى المحتاجين اليه واخذ العوض في مقابله . ولم نجد مايشير الى منع بيع الدم او التبرع بها او هبته او بعض الاعضاء البشرية لان الاصل في هذه العقود هو التراضي ما دام التراضي هو تراضي ارادتي البائع والمشتري على المعقود عليه لان العقد شريعة المتعاقدين .

فاننا نجد من آراء بعض الفقهاء المسلمين ان بيع الدم جائز حلال وكذلك بيع الاعضاء لان بعض التعاريف قد اشارت ان البيع مبادلة مال بالمال على وجه مفيد .

ولذلك نرى ان بيع اعضاء جسم الانسان وهبتها والتبرع بها جائز الى الشخص المريض . وقد اجاز فقهاء الحنفية التعاقد على منافع الاشياء حسب الضرورة وان هذه الضرورة او الحاجة هي التي تبرر مشروعية التصرف في بعض اجزاء الادمي كلبن المرضع .(٣)

---

١) السيد الحلي ـ تذكرة الفقهاء ـ كتاب البيع ـ ص٣
٢) تاليف علي حيدر ـ شرح مجلة الاحكام ـ ص٩٢
٣) عبد الرحمن الجزيري ـ كتاب الفقه على المذاهب الاربعة ـ ج ٣ ـ ص٢٨٧ .

ولذلك فان العلاقة قائمة بوجود العلاقة بين التعاقد على لبن المرضع ونقل الاعضاء البشرية لان الدم واللبن هي من اجزاء جسم الانسان .

ولابد ان يتوافر في الشيء الذي يقع عليه التعامل صفة المال وان يكون هذا المال له فائدة والاصل ان يكون المال نافعا للانسان ويشبع حاجة له ويخرج عن اطار الاموال والاشياء التي لاتنتهي بطبيعتها ان تكون محل عيني كالانسان لان هو صاحب الحق والمال وليس محله كما بينا ذلك وان المال اذا كان نافعا للانسان لابد وان يكون ذا قيمة او انه متقوما . وانتفاء قيمة المال عن الشيء تنفي كونه متقوما وزوال صفة المال عنه . ومن هذا المنطلق فان المال هو الذي يكون مفيد للانسان . ورغم اختلاف بعض آراء الفقهاء في تحديد معنى المال واتفاق البعض على تحديد هذا أن المال له كيان مادي مستقل يجعله صالحا لان يكون محلا لحقوق الاشخاص ولذلك فان اجزاء الجسم كالقلب والكلية لايمكن اعتبارها من الاشياء او التعامل بها مادامت متصلة بجسم الانسان . ولكن يمكن بيعها او التبرع بها او هبتها اذا انفصلت من جسم الانسان وما دام الغرض من ذلك احياء انسان اخر .

يتضح من آراء الفقهاء المسلمين المشار اليها بان وجهات النظر منقسمة الى قسمين : ـ

القسم الاول جوز نقل الدم الى المريض وكذلك بعض الاعضاء التي يمكن نقلها من جسم انسان الى جسم انسان آخر دون ان يتضرر جسم الانسان الاول ولفائدة الانسان الثاني كما اشارت الى ذلك بعض تعاريف عقود البيع التي وردت فيها كلمة مفيد .

والقسم الاكبر من الفقهاء يقولون ببطلان بيع اعضاء جسم الانسان لعدم الانتفاع بها في حالة انفصال الجزء عنه كما يرون ذلك لان الانسان لم يكن محلا للتعامل كما اشرنا الى تلك الآراء .

وبعد ذلك ننتقل الى موقف التشريعات .

٢ـ راي التشريعات الوضعية

لقد عرفت المادة (٥٠٦) من القانون المدني العراقي البيع بانه

مبادلة مال بمال) • وعرفت المادة (٥١٦) مدني (كلما جاز بيعه منفردا جاز استثناؤه من البيع) •

ورغم ان البيع جائز قانونا لغرض الاستفادة ولكن آراء القوانين الوضعية سواء كانت العربية او الاجنبية قد انقسمت الى قسمين :-

١- يقول الرأي الاول اذا كان لايمكن بيع الانسان لانه ليس مالا فان عدم جواز بيع اعضاء واجزاء الجسم قد يكون سببه عدم الانتفاع بها •
اما اذا امكن الانتفاع فقد جاز بيعها • والثمن حسب الاتفاق بين اطراف العقد • وقد جوزت الولايات المتحدة الامريكية بيع الاعضاء البشرية من اصحابها • وحتى لو كان ذلك محضور قانونا ولكن تجار الامريكان الاعضاء كأي سلعة اخرى •

٢- اما الراي الثاني فانه يقول بعدم بيع الاعضاء البشرية • يقول اصحاب هذا الراي بان بيع الاعضاء البشرية باطل لان الشيء لايصلح للعقد مالم يكن من الاموال المتقومة وبنفس الاتجاه يرى البعض بان الشخص لايملك حرية التصرف القانوني بجسمه اذ يحضر القانون التصرف ببيع جثة الشخص او العضو الجسدي اثناء الحياة • الا انه يجيز للانسان ان يحدد طريقة الدفن او تشريح الجثة او الوصية بها الى جهة علمية او مركز بحث علمي • ومن اصحاب هذا الراي هو القانون الانكليزي والقوانين العربية هي كبقية القوانين العالمية فقد اتفق بعضها على هذا الاتجاه وجواز بيع الاعضاء البشرية • واختلف بعضها الاخر عن الراي الاول ومنع بيع الاعضاء البشرية • وقد وافق القانون المصري رقم ١٧٨ لسنة ١٩٦٠ على نقل الدم من البشر عن طريق الشراء وحسب تسعيرة محددة •

اما بالنسبة للتشريع العراقي فقد اشار قانون مصارف العيون رقم ١١٣ لسنة ١٩٧٠ الى حالة تنظيم الاعمال الطبية الخاصة بالعيون فقط

والذي لم يشر الى منع بيع وشراء العيون البشرية من الاموات والاحياء بموافقة الاقارب لغرض زرع القرنية .(١)

اما هبة الاعضاء البشرية فلا نعتقد ان في هذا الموضوع اشكال وانما نراه عمل جائز ويمكن الانسان ان يهب احد اعضاءه كالكلية مثلا لغرض انقاذ حياة مريض آخر وخاصة اذا كان قريبا منه كوالده او والدته مثلا وكذلك بالنسبة للهبة الا اذا كانت الهبة بعوض فقد يكون حكمها حكم البيع .

ان ماعرضناه من آراء الفقهاء والقوانين الوضعية اعلاه لغرض الوصول الى الحالة المهمة التي نريد التساؤل عنها وهي ما اذا كان بيع العضو البشرى وفقا للآراء التي على ذلك . وبعد نقل العضو المبيع الى المريض وزرعه في جسمه فقد تبين بان عيبا خفيا لم يكن واضحا عند اجراء الفحص او ان الدم الذى نقل الى جسم انسان آخر كان مصابا بمرض . فما هو حكم هذه الحالة وما هو الحل فيما لو ان الطبيب اخطأ في تقديراته وسبب بنقل احد اعضائه ضررا له؟ .

نرى ان هذه الحالة تعتبر فريده في الحكم ولذلك لا يمكن قياسها على جميع حالات احكام ضمان العيوب الخفية في البيوعات الاخرى لان الحالات في البيوعات التي اشرنا اليها يمكن اتباع احد الاطراف المنصوص عليها في الفرع الاول والثاني من هذا الفصل . ولكننا نرى ان الحل لهذه المعضلة يمكن ان يكون وفقا للطريقة الثانية من هذا الفصل بعد اجراء الفحوصات من قبل لجنة طبية مختصة لتقدير مدى الاستفادة من العضو الذى وجد فيه عيبا . وتقدير قيمة العيب ولا يمكن الا بقاء المبيع لدى المشترى ومقدرا بقيمة الاستفادة منه والرجوع على البائع بضمان نقص الاستفادة من المبيع ومطالبته بالتعويض ان كان له مقتضى . اما اذا لم يستفد المريض من العضو كليا فان له ان يرجع على البائع بالضمان مع التعويض .

---

١) الدكتور منذر الفضل ـ التصرف القانوني في الاعضاء البشرية ـ طبعة ١٩٩٠ ـ ص ـ ٨٩ .

وللاجابة على التساؤل الثاني وهو فيما اذا حصل للشخص الذي نقـل منه العضو مضاعفات بسبب خطأ المريض بتقدير هذه الحالة فان خطأ الطبيب في نطاق العمل الجراحي او في نقل وزرع الاعضاء او نقل الدم من البائع او الواهب. فنرى ان الطبيب يعتبر مسؤولا عن هذه الحالة بسبب خطئه وفقا لاحكام المادة ٤١١ من قانون العقوبات وتعويض ذوي الشخص الذي حصلت له المضاعفات بسبب ذلك عن الضرر الذي اصابهم اذا ادى ذلك الى وفاته او وفقا لاحكام المادة ٢٠٣ و ٢٠٤ و ٢٠٥ مدني . ووفقا لاحكام المادة ٤١٦ عقوبات والمادة ٢٠٢ مدني اذا ادى ذلك الى ضرر في جسم الشخص دون وفاته وقياسا على ذلك فان الخطأ الطبي عند نقل الاعضاء البشرية وزرعها في جسم المريض يوجب المسؤولية على الطبيب وبالتالي يكون مسؤولا عن تعويض ذوي المجني عليه عند وفاته . يؤيد ذلك محكمة التمييز.(١)

الفرع الثالث

موانع رد المبيع

هناك بعض الحالات التي يمتنع على المشتري بسببها رد المبيع لعدم تحقق حالة الضمان على البائع ويقتصر حق المشتري على مطالبة البائع بنقصان ثمن المبيع بسبب العيب.

وقد اشارت الى ذلك الفقرة الثانية من المادة ٥٥٨ من القانون المدني العراقي على ان العيب هو ما ينقص ثمن المبيع عند التجار وارباب الخبرة او ما يفوت غرضا صحيحا اذا كان الغالب في امثال المبيع عدمه .(٢)

ونصت المادة ٥٦١ مدني عراقي على انه (ما بيع صفقة واحدة اذا ظهر بعضه معيبا فاذا لم يكن في تفريقه ضرر كان للمشتري ان يرد المعيب من المبيع مع مطالبة البائع لما يصيبه من الثمن وليس له ان يرد الجميع ما لم يرض البائع .(٣)

١) المرقم ٥٠٣ مدنية منقول ـ ٨٧ ـ ٨٨ ـ والمؤرخ ٣٠/ ١١/ ١٩٨٧ غير منشور (الحكم على طبيب بتعويض مادي وادبي لارتكابه خطأ في اجراء عملية لطفلة) .
٢) القانون المدني العراقي ـ ص١١١ .
٣) القانون المدني العراقي ـ نفس الصفحة .

ويتضح من النصين المشار اليهما ان للمشترى الرجوع على البائع بنقص الثمن بسبب ظهور العيب القديم فيه عند عدم توفر حالة رد العين المباعة ويمتنع على المشترى رد المبيع على البائع ويقتصر حقه على المطالبة بنقصان الثمن في الحالات التالية : ـ

١ـ هلاك المبيع في يد المشترى .

٢ـ حدوث عيب جديد عند انتقال المبيع الى المشترى .

٣ـ حصول زيادة على المبيع وهو في يد المشترى .

٤ـ تصرف المشترى بالمبيع المعيب .

وقد اشارت الى هذه الحالات كثير من المصادر منها .(١)

وسنتحدث عن هذه الحالات تباعا : ـ

١ـ هلاك المبيع في يد المشترى .

لقد نصت المادة ٥٦٤ من القانون المدني العراقي على مايلي : ـ(اذا هلك المبيع المعيب في يد المشترى فهلاكه عليه ويرجع على البائع بنقصان الثمن) . واشارت الى ذلك المادة ٤٥١ من القانون المدني المصرى حيث جاء فيها (تبقى دعوى الضمان ولو هلك المبيع باى سبب كان) . وعدل هذا المشروع بنص المادة ٥٩٧ من المشروع المدني المصرى واصبح كما يلي : ـ

(اذا هلك المبيع بفعل المشترى طبقت القواعد العامة اذ يمتنع على المشترى طلبه الفسخ) . ثم عدل هذا النص واصبح وفق المادة ٤٦٤ من القانون المدني المصرى بدلا من النص السابق .

---

١) السنهورى ـ الوسيط في شرح القانون المدني ـ المجلد الاول ـ ج ٤ـ البيع والمقايضة ص٧٤٣ و٧٤٦ والدكتور حسن علي الذنون ـ شرح القانون المدني العراقي ـ العقود المسماة ـ عقد البيع ص٢٤٦ ـ ٢٤٨ .
والدكتور غني حسون طه ـ الوجيز في العقود المسماة ـ ج ١ عقد البيع ص٣١٧ لغاية ٣٢١ .
والدكتور سعدون العامرى ـ الوجيز في شرح العقود المسماة ـ ج ١ ـ في البيع والايجار ص١٥٣ ـ ١٥٥ .
والسنهورى ـ مصادر الحق في الفقه الاسلامي ص٢٨٣ .
والدكتور علي حسين نجيده ـ ضمان عيوب المبيع في عقد البيع ـ ص١٢٣ ـ ١٢٧

والواضح ان النصوص القانونية المشار اليها قد ركزت على هلاك المبيع المعيب وهو في يد المشتري لان هلاك المبيع في يد البائع لا يثير اشكالا لان المبيع لازال في يده قبل تسليمه الى المشتري ولذلك فان البائع هو المسؤول عن هلاك المبيع قبل التسليم ، اما اذا هلك المبيع في يد المشتري فعندئذ تثار بعض التساؤلات لهذه الحالة فيقول السنهوري يسقط خيار العيب بهلاك المبيع لفوات محل الرد فان هلك المبيع وهو في يد البائع انفسخ ولا يرجع البائع على المشتري بشيء من الثمن لانه يتحمل تبعة الهلاك قبل القبض، وان هلاك المبيع وهو بيد المشتري فهلاكه عليه لانه قد قبض ولكنه يرجع على البائع بنقصان الثمن بسبب العيب.(1)

اما أسعد دياب فيقول يقع هلاك الشيء على عاتق المشتري اذا كان مرد ذلك قوة قاهرة او خطأ منه او ممن هو مسؤول عنه .(2)

ويقول الدكتور غني حسون طه ان تطبيق القواعد العامة بتحمل تبعة الهلاك تؤدي الى القول بان المشتري هو الذي يتحمل تبعة الهلاك بعد التسليم بسبب القوة القاهرة وبالنظر لاستحالة رد المبيع بسبب هلاكه لم يبق أمام المشتري سوى الرجوع على البائع بنقصان الثمن واستند الى نص المادة ٥٦٤ من القانون المدني العراقي .(3)

اما رأي علي حيدر فانه يتلخص فيما يخص هلاك المبيع الذي يحدث بعد البيع والتسليم بما يلي : ـ

١ـ بفعل البائع ففي هذه الصورة ليس للمشتري رد المبيع لبائعه ولو كان في المبيع عيب آخر قديم وانما له ان يرجع على البائع بنقصان الثمن الحاصل في المبيع كما ان له الرجوع بنقصان الثمن بالعيب القديم .

---

1) الدكتور السنهوري مصادر الحق في الفقه الاسلامي ـ ج ٤ ـ ص ٢٨٤ .
2) اسعد دياب في ضمان عيوب المبيع الخفية ـ الطبعة الثالثة ـ ١٩٨٣ ـ ٢٤٢ .
3) الدكتور غني حسون طه ـ الوجيز في العقود المسماة ـ ج ١ ـ عقد البيع ص ٣١٩

٢- بفعل المشترى وعليه فليس للمشترى ان يرجع على البائع بنقصان الثمن الذى حصل بفعله الا انه اذا وجد في المبيع عيب قديم فله استرداد نقصان الثمن الحاصل بذلك العيب .

٣- بفعل الاجنبي وفي هذه الصورة يضمن الاجنبي نقصان القيمة وليس للمشترى رد المبيع الى بائعه الا ان له استرداد نقصان الثمن اذا ظهر عيب قديم .

٤- بفعل المبيع نفسه المعقود عليه .

٥- بآفة سماوية وفي هاتين الصورتين ليس للمشترى ان يرجع على احد بشيء الا اذا وجد فيه عيب قديم آخر فيرجع على البائع بنقصان الثمن مالم يقبله البائع بعيبه .(١)

يتضح مما تقدم بان المبيع اذا هلك في يد المشترى فعندئذ يمتنع عليه طلب فسخ العقد ولا يستطيع بعد ذلك رد المبيع وليس له حق الرجوع على البائع الا بضمان العيب اى بالتعويض عما اصابه من ضرر بسبب العيب . ومن الواضح ان القانون المدني العراقي كانت نصوصه منسجمة مع القواعد العامة ماذام انه قد قرر ان هلاك المبيع بعد انتقاله الى المشترى يكون عليه وليس له حق الرجوع على البائع الا بنقصان الثمن . ويلاحظ من النص كذلك ان القانون اشار الى ان المشترى له الحق بالرجوع بنقصان الثمن فقط ولن يدخل حساب المصاريف معها حيث لا يكون المشتوى على حساب البائع . فلو ان شخصا باع لشخص آخر محلا مبنيا من الطابوق وتهدم المحل بسبب عيب قديم ففي هذه الحالة لايحق للمشترى الا الرجوع بفرق الثمن حيث تقدر الانقاص وتخصم من ثمن المبيع وعندئذ يرجع المشترى على البائع بنقصان الثمن .(٢)

وهنا لابد من التفرقة فيما اذا كان التهدم ناشئا عن العيب القديم او عن عيب حديد او بفعل شخص اجنبي وما هو الحل لهذه الحالات؟ .

مما لاشك فيه ان العيب القديم اذا كان هو سبب التهدم فان المشترى يرجع على البائع بنقصان الثمن وكذلك اذا كان العيب الحديد مضافا الى العيب القديم فان المشترى يرجع بالضمان على البائع وبنقصان الثمن فقط . اما اذا كان الهلاك ناتجا بفعل شخص اجنبي فان للمشترى الرجوع على الاجنبي بالتعويض واذا كان الهلاك

---

١) شرح مجلة الاحكام - الكتاب الاول - البيوع - منشورات مكتبة النهضة - بيروت - بغداد ص٢٩٢ . المؤلف علي حيدر .

٢) الدكتور حسن علي الذنون - شرح القانون المدني العراقي - العقود المسماة - عقد البيع - ص٢٤٨ .

بفعل المشترى وان المشترى يعلم بوجود العيب عند انتقال المبيع له فان ذلك يعتبر رضاء منه بالعيب ويسقط حقه بالرجوع على البائع.[1] تبعية الهلاك عن فعل الاشياء التي لاتعفي عن المسؤولية الا بسبب القوة القاهرة او خطأ المتضرر او بسبب خطأ المسؤول عنه المشترى .

ويرى الدكتور عباس الصراف وجوب عدم تفسير نص المادة ٥٦٤ مدني عراقي على اطلاقه بل يجب ان يفسر على ضوء القواعد العامة في التفسير بالقول بان المقصود منه هو ان المشترى انما يرجع على البائع بنقصان الثمن اذا ما هلك المبيع المعيب بفعل المشترى او بفعل القوة القاهرة او بسبب من عيب جديد فيه اما اذا هلك بسبب العيب القديم وحده كان للمشترى الحق في الرجوع على البائع بكل الثمن والمصاريف .[2][3]

ونحن مع رأى الدكتور عباس الصراف ذلك لان العدالة تقضي بان هلاك المبيع اذا حصل بسبب المشترى او بقوة قاهرة او بسبب عيب جديد فان الهلاك على المشترى وليس له الرجوع في هذه الحالات الا بنقصان الثمن عن العيب القديم ، اما اذا حصل بسبب العيب القديم او قبل التسليم فان الهلاك على البائع وقد ايد هذا الاتجاه اكثرية شراح القانون كما بينا ذلك سابقا .

٢ـ حدوث عيب جديد عند انتقال المبيع الى المشترى

نصت المادة ٥٦٢ من القانون المدني العراقي على انه اذا ظهر بالمبيع عيب قديم ثم حدث فيه عيب جديد عند المشترى فليس له ان يرد بالعيب القديم والعيب الجديد موجود فيه بل له ان يطالب بنقصان الثمن مالم يرض البائع باخذه على عيبه ولم يوجد مانع للرد ويترتب على هذه الحالة انه اذا ظهر بالمبيع عيب قديم ثم حصل فيه عيب جديد وهو عند المشترى فليس له ان يرد المبيع بالعيب القديم مادام

---

١) الدكتور حسن علي الذنون ـ شرح القانون المدني العراقي ـ العقود المسماة ـ عقد البيع ـ ص٢٤٨ .

٢) نفس المصدر السابق

٣) الدكتور عباس الصراف ـ شرح عقدى البيع والايجار في القانون المدني العراقي ـ طبعة ١٩٥٦ ـ الاهالي ـ بغداد ـ ٢٢١ ، بند ٥٢٩ .

العيب الجديد موجود فيه . وبناء على ذلك ليس للمشتري في هذه الحالة سوى الرجوع على البائع بنقصان الثمن لان رد المبيع بسبب ضرر للبائع وان المبيع الذي خرج من ملكه كان خاليا من العيب الثاني وحالة دفع الضرر عن الطرفين تجب بذلك حيث يرتفع الضرر عن المشتري برجوعه بنقصان الثمن على البائع ويرتفع عن البائع لعدم التزامه بالرد ولا اشكال بالموضوع اذا رضي البائع باخذ المبيع بما فيه من عيب جديد ولم تكن هناك ممانعة من الرد لان ذلك يحصل باختياره وهو الذي اسقط حقه وقبل بالضرر الذي حصل في المبيع بسبب العيب الجديد برغبته ولا اشكال بذلك فيما اذا كان العيب الجديد قد حدث بقوة قاهرة او نشأ بفعل المبيع حيث ان العيب اذا حدث بقوة قاهرة او بفعل المبيع نفسه ليس للمشتري ان يرجع على احد بشيء الا اذا وجد فيه عيب قديم آخر فيرجع على البائع بنقصان الثمن مالم يقبله البائع[1] بعيبه . واذا انتقص المبيع في يد المشتري بان تعيب بعيب لايحتمل الانتفاع سواء كان ذلك فاحشا او يسيرا وسواء كان ذلك بفعل المشتري او بفعل البائع او بآفه سماوية او بفعل المبيع او بفعل اجنبي او ازداد زيادة منع الرد لان حدوث هذه المعايب في يد المشتري يمنع الرد .[2] ويقول السنهوري ان ظهور العيب اذا كان بسبب اجنبي لايمنع المشتري من رد المبيع وأخذ تعويض كامل لان هلاك المبيع بسبب اجنبي لايمنع من ذلك فاولى الا يمنع منه تعيب المبيع بعيب جديد بسبب اجنبي .[3]

اما الدكتور علي حسين نجيده فقد ورد بقوله اذا كان العيب الجديد لايسأل عنه المشتري فليس هناك مايمنعه من رد المبيع والحصول على عناصر التكوين كاملة وهذا قياسا على حالة هلاك المبيع المعيب بسبب اجنبي حيث يجوز للمشتري ان يحصل على تعويض كامل ولا يلتزم برد شيء .[4]

---

١) علي حيدر ــ شرح مجلة الاحكام ــ ص٢٩٢ .
٢) الدكتور محمد زكي عبد البر ــ أحكام المعاملات المالية في المذهب الحنفي ــ العقود ــ الطبعة الاولى ــ ١٩٨١ ــ ص ــ ٣٨٤ .
٣) السنهوري ــ الوسيط في شرح القانون المدني ــ ج ٤ ــ المجلد الاول ــ البيع والمقايضة ــ طبعة ٦٠ ص٨٤٧ .
٤) الدكتور علي حسين نجيدة ــ ضمان عيوب المبيع في عقد البيع ــ طبعه ــ ١٩٨١ ــ ص١٢٦ .

وبهذا فان رأيه يتطابق مع رأي الدكتور السنهوري في حالة ظهور عيب جديد في المبيع.

يترتب على هذا ان من يشتري قماشا ثم بعد ان قطعه وصنع منه ثوبا وجد فيه عيبا قديما امتنع عليه الرد ولكن له الحق في الرجوع على البائع بنقصان الثمن الذي يسببه العيب فقط. (١)

يتضح مما تقدم بانه ليس للمشتري رد العين المبيعة لو حدث العيب الجديد بفعله او بقوة قاهرة او بفعل المبيع ولكن له الحق بالرجوع على البائع بنقصان ثمن العيب القديم ومطالبة الاجنبي بالتعويض عن الضرر حسب القواعد الخاصة بالتعويض اما اذا زال العيب الجديد فلم يبق هناك اشكال ايضا وعندئذ يصبح حق المشتري الرجوع على البائع برد المبيع وقد اشارت الى ذلك الفقرة الثانية من المادة ٥٦٢ من القانون المدني العراقي التي جاء فيها (فاذا ازال العيب الحادث عاد للمشتري حق رد المبيع بالعيب القديم) . ويؤيد ذلك قرار محكمة التمييز. (٢)

٣- حصول زيادة على المبيع وهو في يد المشتري

نصت المادة ٥٦٣ من القانون المدني العراقي على ما يأتي : -

١- زيادة لشيء من مال المشتري على المبيع تمنع الرد كصبغ الثوب المبيع او البناء في الارض المبيعة او ظهور الثمر في الشجر المبيع.

٢- فاذا حدثت في المبيع زيادة مانعة للرد ثم اطلع المشتري على عيب قديم فانه يرجع على البائع بنقصان الثمن ويمتنع الرد ولو قبله البائع العيب الحالي .

ومن هذا النص يتضح بان الزيادة التي تحصل في المبيع اما ان تكون زيادة

---

١) الدكتور غني حسون طه - الوجيز في العقود المسماة - الجزء الاول - عقد البيع - ص٣١٧ - بند ٥٣٩ .

٢) رقم القرار ٣١٦ / حقوقية / ٩٦٥ والصادر في ٢٠/ ٥/ ١٩٦٥ والذي جاء فيه (اذا كانت الكمبيالات التي اقر بها المدعى عليه قد تضمنت اقراره بتسليمه البضاعة وقبولها على كل عيب فلا يحق بعد هذا ان يطلب فسخ الصفقة بسبب العيب) قضاء محكمة التمييز - المجلد الثالث - ص٢١٠ المنشور بكتاب المبادئ القانونية في قضاء محكمة التمييز - القسم المدني - القاضي الاستاذ ابراهيم المشاهدي - نائب رئيس محكمة التمييز - ص٥٠٧ .

متصلة غير متولدة مثل البناء والغراس والصبغ او زيادة منفصلة متولدة مثل الثمر او زيادة منفصلة غير متولدة كالاجرة او زيادة متصلة متولدة كالسمنة في الحيوان . وهذه الزيادة الاخيرة لاتمنع من الرد لانها زيادة في نفس الحيوان .

اما الحالات الثلاثة المتقدمة تمنع من رد المبيع والعلة بعدم السماح للبائع باسترداد المبيع حتى لو قبل العيب الحالي فيه . ذلك يستلزم تملك مال الغير بدون رضى مالكه . ولذلك فان البائع مجبر على اعطاء نقصان الثمن .

وقد اشارت الى ذلك المادة ٣٥٠ من مجلة الاحكام العدلية بانه حتى ولو باع المشتري المبيع بعد معرفته بالعيب القديم فيه كان له الحق بالرجوع بنقصان الثمن . فلو باع المشتري المبيع بعد معرفته بالعيب القديم فان له ان يطلب نقصان الثمن ولا يمنع تصرفه هذا من رجوعه بنقصان الثمن لان حقه بذلك قد تأيد قبل تصرفه بالمبيع .

٤ـ تصرف المشتري بالمبيع المعيب

لقد جاء في المادة ٥٦٦ بانه اذا اطلع المشتري على عيب قديم في المبيع ثم تصرف فيه تصرف الملاك سقط خياره . ويترتب على ذلك ان تصرف المشتري في المبيع المعيب بعد اطلاعه على العيب يعتبر نزولا منه عن الضمان الا اذا قد احتفظ بحقه قبل التصرف . وفي هذه الحالة يحق له الرجوع بتعويض عن العيب بسبب تصرفه بالمبيع .

ويسقط خيار العيب برضاء المشتري بالعيب بعد ان علم به لان حق الرد انما هو لفوات السلامة المشروطة دلالة في العقد واذا رضى المشتري بالعيب بعد العلم به فقد دل على انه نزل عن هذا الشرط او انه لم يشترطه ابتداء . اما اذا تصرف المشتري بالمبيع بان اخرجه من ملكه حتى قبل علمه بالعيب سقط خياره لتعذر رد المبيع الى البائع ولكن لو فسخ تصرفه ورد اليه المبيع بخيار الشرط او بخيار رؤيا مثلا عاد حق خيار العيب للمشتري وجاز له رد المبيع للبائع .(١) فالمشتري اذا اشترى شيئا واطلع على عيب فيه ثم باعه الى شخص آخر سقط حقه كليا في مطالبة البائع

١) السنهوري ـ مصادر الحق في الفقه الاسلامي ـ ج ٤ ـ ص٢٨٧ .

ضمان العيب وذلك لانه يعتبر قابلا له بعيبه في هذه الحالة .(١)

ويرى الدكتور غني حسون طه بانه اذا تصرف المشتري بالشيء المعيب تصرف الملاك قبل اطلاعه على العيب الذي فيه فانه يرجع على البائع بمقدار نقصان الثمن بسبب العيب .(٢) اما اذا كان تصرف المشتري بالمبيع المعيب بعد علمه بالعيب انقضت دعوى ضمان العيب وهذا الحكم يمليه المنطق القانوني وتقضي به القواعد العامة حيث يعد تصرف المشتري في هذه الحالة دليلا على نزوله عن حقه في الضمان .(٣)

واذا تصرف المشتري بالمبيع تصرف الملاك قبل ان يعلم بوجود العيب القديم فله ان يرجع على بائعه بنقصان الثمن مادام لا يستطيع الفسخ لتعلق حق الغير بالمبيع المعيب (٤) .

وان هذه الاراء تتفق مع نص المادة ٥٦٦ من القانون المدني العراقي ولذلك فانني ارى ان النص المذكور قد اورد مافيه الكفاية بصدد هذا الموضوع مادام انه نص فيه بعبارات واضحة ولا مجال فيها للتأويل حيث ورد بنصها اذا اطلع المشتري على عيب قديم في المبيع ثم تصرف فيه تصرف الملاك سقط خياره .

ويتضح مما تقدم انه ليس للمشتري رد المبيع على البائع ولذلك قد يكون حكم القواعد العامة مايكفي للاستعاضة عن المادة ٥٦٦ مدني لعدم الحاجة لتكرار حكمها وقد تجنب ذلك المشرع المصري في القانون المدني الجديد لامكان استخلاص ذلك من القواعد العامة .(٥)

وبعد ان انتهينا من الفصل الثاني ننتقل الى الفصل الثالث .

---

١) الدكتور عباس الصراف – شرح عقدي البيع والايجار في القانون المدني العراقي – طبعة ١٩٥٦ الاهالي – بغداد – ص٢٢٦ .
٢) الدكتور غني حسون طه – الوجيز في العقود المسماة – ج ١ – عقد البيع – طبعة ٦٩ – ٧٠ – ص٢٢٠ .
٣) الدكتور علي حسين نجيدة – ضمان عيوب المبيع في عقد البيع – طبعه ١٩٨٦ – ص١٢٧ .
٤) الدكتور سعدون العامري – الوجيز في شرح العقود المسماة – ج ١ – في البيع والايجار طبعه ١٩٧٤ – بغداد – ص١٥٦ .
٥) راجع السنهوري – الوسيط – ج ٤ – ص٧٤٨ .

الفصـــل الثالـــث

الضمـــان الاتفاقـــي او المشـــروط

لقد تحدثنا عن احكام ضمان العيوب الخفية في الفصل السابق باعتبارها معبـــرة عن ارادة المتعاقدين ومفسرة ومكملة لاتفاقهما ولذلك فان ضمان العيوب ليســـت من النظام العام لجواز اتفاق المتعاقدين على تنظيم احكام ضمان العيوب بمـــا يتناسب وظروف تعاقدهما وعندئذ يكون الاتفاق هو الواجب التطبيق بدلا من التطبيق القانوني لجواز تعديل احكام الضمان بارادة الطرفين .

وقد اوضحت ذلك المادة ٥٦٨ من القانون المدني العراقي بقولها :ــ

١ـ يجوز ايضا للمتعاقدين باتفاق خاص ان يحددا مقدار الضمان .

٢ـ على ان كل شرط يسقط الضمان او ينقصه يقع باطلا اذا كان البائع قد تعمـــد اخفاء العيب .

وبنفس المعنى نصت المادة ٤٥٣ من القانون المدني المصري حيث جاء فيهـــا مايلي :ــ

(يجوز للمتعاقدين باتفاق خاص ان يزيدا في الضمان او ان ينقصا منه او ان يسقطا عدا الضمان على ان كل شرط يسقط الضمان او ينقصه يقع باطلا اذا كان البائـــع قد تعمد اخفاء العيب في المبيع غشا منه) .

ويتضح من النصين المشار اليهما بانه يجوز للمتعاقدين الاتفاق على تعديـــل احكام الضمان بصلاحية المبيع للعمل او الاتفاق على زيادة الضمان او تحقيقـــه او تحديد مقداره او اسقاطه وسنتناول ذلك تباعا .

الفـــرع الاول

التزام البائـــع بصلاحية المبيـــع للعمـــل

ما دام ان الاتفاق على تعديل احكام الضمان يتم بارادة المتعاقدين فانـــه يجوز للمشتري ان يشترط على البائع بضمان كافة مافي المبيع من عيوب سواء كانـــت

ظاهرة او معلومة او لم تكن معلومة ويكون البائع مسؤولا عندئذ عن العيوب التي لم تكن مشمولة بحكم القانون حتى لو كانت العيوب ظاهرة او كانت باستطاعة المشتري معرفتها لو انه فحص المبيع بما ينبغي من العناية ومن هذا الواقع الاتفاقي يكون البائع مسؤولا عن كل عيب في المبيع وضمنا بصلاحية المبيع ولذلك فان هذا الشرط يحق للمشتري الرجوع على البائع بالضمان لاي عيب يجده في المبيع ، ويترتب على ذلك ان البائع يلتزم خلال مدة معينة حسب اتفاق الطرفين او يلتزم بانه يقوم بتصليح كل عيب يظهر بالمبيع على حسابه ، او يلتزم باستبدال الشيء المعيب اذا لم يفد معه التصليح لتكفله بصلاحية المبيع للعمل . وقد اصبح هذا الشرط شائعا عند اجراء البيوعات خاصة في الآلات الميكانيكية والسيارات . اما اذا حصل خلال المدة المعلومة المتفق عليها في المبيع وقام البائع باصلاحه ولم يفد معه الاصلاح وتعطل بعد ذلك عن العمل فان البائع يكون قد اخل بشرطه بسبب عدم صلاحية المبيع للعمل وفي ذلك يحق للمشتري المطالبة بفسخ العقد .

وعلى الرغم من ان الاتفاق على ضمان البائع صلاحية المبيع للعمل مدة معينة يعد من صور زيادة الضمان الا انه يختلف عنه في بعض الحالات وهي : ـ

١ ـ ان يكون الضمان شاملا لاي نوع من الخلل يحصل في المبيع حتى لو لم يكن فيه عيب فيكون الضمان متحققا اذا لم يكن المبيع صالحا للعمل ، وان هذا الضمان لايمنع ضمان البائع للعيوب الخفية ، فيكون البائع ضامنا كذلك عند ظهور عيب في المبيع ولو لم يكن من شانه جعل المبيع غير صالح ، كالعيب في طلاء الساعة الخارجي . فتسري القواعد المقررة بضمان العيب الخفي ومن اهمها ان تكون مدة التقادم سنة لاستة اشهر وان يكون الاخطار في وقت ملائم لافي مدة شهر .

٢ ـ ان يتحدد بمدة معينة يكون فيها البائع مسؤول عن الضمان وهي مدة يقدرها المشتري بان تكون كافة لتجربة صلاحيه المبيع للعمل كما اذا كان المبيع ساعة او سيارة وانما تكون كافية لاستهلاك المبيع ذاته كاشتراط سنة لصلاحية البطارية الكهربائية .

٣ ـ ان المدة التي يجب فيها قيام المشتري باخطار البائع بوجود الخلل في المبيع هي شهر من وقت ظهوره والا سقط الضمان .

وفي الضمان العادي لم تحدد مدة الاخطار بل يكون ذلك في الوقت المناسب ولا يوجد مايمنع من اتفاق المتعاقدين في الحالة التي نحن بصددها بان تكون مدة الاخطار اكثر من شهر او اقل لان احكام هذا النص ليست من النظام العام ولذلك يجوز الاتفاق على مايخالفه .

٤- ان مدة رفع دعوى الضمان هي ستة شهور من وقت الاخطار وفي الضمان العادي المدة سنة من وقت تسليم المبيع ، لان هذه المدة ليست مدة تقادم بل هي مدة سقوط وهي ليست من النظام العام ولذلك يجوز الاتفاق على اطالتها ويجوز تقصيرها باتفاق خاص .

اما مدة السنة في الضمان العادي فهي مدة تقادم ويجوز اطالتها ولا يجوز تقصيرها .

٥- يكون التعويض عادة في هذا الضمان هو ان يكون البائع ملزما بتصليح المبيع حتى يكون صالحا للعمل . اما اذا لم يكن قابلا للاصلاح ابدله بمثيل له يكون صالحا .(١)

وقد اشارت الى جواز اطالة امد المدة المادة ٥٧٠ من القانون المدني العراقي بقولها (لاتسمع دعوى ضمان العيب اذا انقضت ستة اشهر من وقت تسليم المبيع حتى لو لم يكتشف المشتري العيب الا بعد ذلك ولم يقبل البائع ان يلتزم بالضمان لمدة اطول) .

ويعني ذلك جواز اتفاق المتعاقدين على اطالة المدة اللازمة لرفع دعوى الضمان فتكون اكثر من الاشهر الستة التي نصت عليها المادة المشار اليها .

وخلاصة القول فان البائع مسؤول عن صلاحية المبيع للعمل بمقتضى الاتفاق بينه وبين المشتري فاذا حصل منه اي اخلال بشرطه بسبب عدم صلاحية المبيع للعمل بمقتضى الاتفاق بينه وبين المشتري فاذا حصل منه اي اخلال بشرطه بسبب عدم صلاحية المبيع للعمل فعندئذ يحق للمشتري المطالبة بفسخ العقد ويؤيد

---

١) السنهوري - الوسيط في شرح القانون المدني - ج ٤ المجلد الاول - البيع والمقايضة - طبعة ١٩٦٠ - ص ٧٥٨ - ٧١٠ فقرة ٣٦٠ .

والدكتور علي حسين نجيدة - ضمان عيوب المبيع في عقد البيع ط١٩٨٦ - ص١٠٣ - ١٠٦

هذا الاتجاه قرار محكمة التمييز .[١]

الفرع الثاني

الاتفاق على زيادة الضمان

الاتفاق على زيادة ضمان العيوب الخفية يزيد من العبء الذي يقع على عاتق البائع لانه يرتب التزامات جديدة عليه ، ولذلك يتوجب ان يكون الاتفاق على الزيادة محددا لما يلتزم به البائع .[٢] والاتفاق على زيادة الضمان قد يتعلق باسباب الضمان او بمدى التعويض المستحق عند تحقق الضمان كان يشترط المشتري على البائع ان يضمن له كل عيب في المبيع لم يتبينه وقت التسليم وحتى لو امكن معرفته عن طريق الفحص بعناية الرجل العادي او قد يتعلق باطالة مدة التقادم فقد تكون اكثر من سنة . واما بخصوص زيادة مدى التعويض عند تحقق الضمان كان يشترط المشتري اذا ظهر عيب في المبيع يجيز رده على البائع .[٣] وقد تأخذ هذه الحالة طريق التوسع في نطاق الحالات التي يلتزم فيها البائع بالضمان اتجاه المشتري كان يتفق الطرفان على ان يضمن البائع كل العيوب التي تظهر في المبيع حتى ولو كانت يسيرة وهذه الحالة كحالة التزام البائع بصلاحية المبيع للعمل وحتى لو كان نقص الانتفاع فيها طفيفا وهذا الاتفاق قد يشتمل على ضمان عيوب لم يشملها القانون وقد يشتمل اتفاق المتعاقدين على اطالة المدة اللازمة لرفع دعوى الضمان كما اوضحنا ذلك سابقا اكثر من المدة المنصوص عليها في المادة ٥٧٠ مدني ويتفق هذا الاتجاه مع راي الفقهاء لان شرط زيادة الضمان صحيح ايا كان المبيع ولكن هذا الشرط يعتبر نادرا استعماله في بيع العقارات[٤] وبصورة خاصة غير المبنية منها :

---

١) القرار المرقم ٤٧٢/ م/٢/ ١٧٣ والمؤرخ في ١٨/ ١٢/ ٩٨٣ والذي جاء فيه ان لمشتري السيارة حق طلب الفسخ اذا ظهر تلف بها زيود بل ستغيروا نسبة المتفق عليها)) النشرة القضائية - العدد الرابع - السنة الرابعة - ص٥٨ - المنشور في كتاب المبادئ القانونية في قضاء محكمة التمييز - القسم المدني للاستاذ ابراهيم المشاهدي - نائب محكمة التمييز - ص ١٧٠ .

٢) توفيق حسن فرج - عقد البيع والمقايضة - طبعة ١٩٦٨ - ٥٧٢ .

٣) السنهوري - الوسيط في شرح القانون المدني ج ٤ - المجلد الاول - البيع والمقايضة - ص٧٥٦ .

٤) الدكتور حسن علي الذنون - شرح القانون المدني العراقي - العقود المسماة - عقد البيع - ٢٥١ .

ويقول الدكتور غني حسون طه (يجوز للمتعاقدين الاتفاق على تشديد ضمان البائع للعيوب ولهما في سبيل ذلك ان يوسعا في مدى التزام البائع بحيث يشمل عيوباً لم يكن يشملها بحكم القانون كالزامه بضمان جميع مافي المبيع من عيوب حتى وكان ظاهرا منها او كان باستطاعة المشترى تبينها لو انه فحص المبيع بما ينبغي من العناية) .(١)

كما واننا نرى بانه يجوز الاتفاق بين الواهب والموهوب له على تشديد احكام الضمان بان يتفق الطرفان على ضمان الواهب للعيوب الخفية وخاصة فيما يتعلق بالمال الموهوب بعوض .

الفـرع الثالث

الاتفـاق علـى تخفيف الضمـان

ما دام ان المشرع قد جوز للمتعاقدين الاتفاق على التزام البائع بصلاحية المبيع للعمل والاتفاق على زيادة الضمان فانه يحق لهما ايضا الاتفاق على تخفيف الضمان او اسقاطه .

واشارت الى ذلك المادة ٥٦٨ من القانون المدني العراقي حيث ورد في فقرتها الاولى انه يجوز ايضا للمتعاقدين باتفاق خاص ان يحددا مقدار الضمان . وورد في فقرتها الثانية على ان كل شرط يسقط الضمان او ينقصه يقع باطلا اذا كان البائع تعمد اخفاء العيب . ومفاد هذا النص ان البائع لايضمن عيبا معينا بينه بالذات او انه لايضمن العيوب التي لاتظهر الا بالفحص الفني المتخصص ، ويجوز للمتعاقدين على انقاص مدة الضمان مادام انه يجوز الاتفاق على تحديده . اي انه يجوز للمتعاقدين اشتراط مدة اقل من ستة اشهر لرفع دعوى الضمان والاتفاق على انقاص الضمان يتعلق باسباب الضمان ايضا بدعوى التعويض. ويعتبر هذا الشرط صحيحا الا اذا كان البائع سيء النية وكان عالما بوجود عيب في المبيع

---

١) الدكتور غني حسون طه ــ الوجيز في العقود المسماة ــ الجزء الاول ــ عقد البيع ــ طبعة ١٩٦٩ ــ ١٩٧٠ ــ بغداد ــ ص٣٢٧ ــ فقرة ٥٥٥ .

يحصل اخفاءه عن المشتري رليخهوه به فيعتبر غشا • ويعتبر من هذا القبيل اذا كان العيب ناشئا عن فعل البائع واذا ثبت ان البائع قد تعمد اخفاء العيب فان مسؤوليته تتحقق قبل المشتري •

الا ان السنهوري قد عارض الاتفاق على تقصير مدة التقادم • (١)

وكذلك اجاز المشرع اللبناني جواز تقصير المدة التي ترفع بها الدعوى • (٢)

يتضح مما تقدم انه يجوز الاتفاق على اعفاء البائع من عيوب معينة او اعفاءه من العيوب البسيطة او الجسيمة او ان يقيد التزام البائع بالضمان مدة محدودة •

وسواء ظهر العيب او لم يظهر وبموجب نص المادة ٥٦٨ مدني عراقي يشترط لبطلان اتفاق المتعاقدين على تخفيف الضمان ان يكون البائع قد تعمد اخفاء العيب•

وقد اتفق الفقه والقضاء على عدم جواز تخفيف الضمان عن البائع اذا كان العيب ناشئا عن فعله • ومن هذا المنطلق فان البائع يضمن العيب ولو اتفق مع المشتري على التخفيف من ضمانه كصاحب المعمل الذي يبيع من مصنوعاته ويعلم ان بها عيبا •

ويؤيد هذا الاتجاه قرار محكمة التمييز • (٣)

ومن الواضح في هذا الاتجاه بان المشتري قد وافق على اعفاء البائع من العيب لقبوله البضاعة على كل عيب ويعتبر ذلك في حالة تخفيف الضمان عن البائع ولذلك فان الاتفاق على تخفيف الضمان جائز بين المتعاقدين بالقيود التي اشرنا اليها بنص المادة ٥٦٨ مدني عراقي •

---

١) السنهوري ـ الوسيط في شرح القانون المدني ـ البيع والمقايضة ـ ج ٤ ـ المجلد الاول ـ طبعة ١٩٦٠ ـ ص٧٥٣ •

٢) الدكتور توفيق حسن فرج ـ عقد البيع والمقايضة في القانون اللبناني ـ ص٥٧٤ •

٣) القرار المرقم ٣٠٩/ حقوقية/ ١٩٦٥ والمؤرخ ٢٦/ ٥/ ١٩٦٥ والذي جاء فيه (اذا كانت الكمبيالات التي اقر بها المدعي عليه قد تضمنت اقراره بتسليمه البضاعة وقبولها على كل عيب فلا يحق له هذا ان يطالب فسخ الصفقة بسبب العيب) •
قضاء محكمة التمييز ـ المجلد الثالث ـ ص١٠١ ـ المنشور في كتاب المبادئ القانونية في قضاء محكمة التمييز ـ قسم القانون المدني ـ الاستاذ ابراهيم المشاهدي ـ نائب رئيس محكمة التمييز ـ ص٥٠٧ •

الفـــرع الرابـــع

الاتفـــاق على اسقـــاط الضمان

وكما يجوز اتفاق المتعاقدين على تشديد الضمان او تخفيفه يجوز الاتفاق على اسقاط ضمان البائع من العيوب الخفية في المبيع .

وقد اوضحت الفقرة الثانية من المادة ٥٦٨ مدني الذي جاء فيها (بان الشرط الذي يسقط الضمان يقع باطلا اذا كان البائع قد تعمد اخفاء العيب) .

وبناء على ذلك فان اتفاق طرفي العقد على اسقاط ضمان البائع في المبيع من كل عيب يعتبر البيع صحيحا والشرط كذلك لان النص على اسقاط الضمان من كل عيب قد جوز ذلك ولكن النص القانوني قد اشترط على البائع عدم تعمد اخفاء العيب واذا فعل ذلك فانه يكون قد تعمد الغش ، والغش يبطل التصرفات وهذا ما اكدته المادة المشار اليها فاذا تعمد البائع اخفاء العيب في السيارة المبيعة كتبديل محركها او وجود خلل فني فيه يعرفه ولا يعرفه المشتري بطل الشرط وعندئذ وجب تطبيق احكام الضمان القانوني ولذلك فلا يكون البائع ضامنا لاي عيب يظهر في المبيع حتى لو كان يعلم بوجود عيوب معينة ولكنه يتعمد اخفاءها عن المشتري فيكون المشتري في هذه الحالة بمثابة من اشترى ساقط الخيار .(١)

ويؤيد ذلك قرار محكمة التمييز .(٢)

الفـــرع الخامـــس

النظم القانونية المقارنة لضمان العيوب الخفية

بعد ان تحدثنا عن احكام ضمان العيوب الخفية وتعديل هذه الاحكام بالاتفاق

---

١) السنهوري ـ الوسيط في شرح القانون المدني ـ ج ٤ ـ المجلد الاول ـ البيع والمقايضة ـ طبعة ١٩٦٠ ـ ص ٧٥٧ ـ ٧٥٨ .

٢) القرار المرقم ٢٩٩٢/م ٢/ ١٩٧٥ وتاريخ ١٣/ ٣/ ١٩٧٥ ومفاده (ان اقرار المشتري بفحصه للسيارة وقبولها على كل عيب لا يسقط حقه في طلب الفسخ اذا ظهر في السيارة عيب فني خفي يفوت على المشتري الغرض المقصود من شرائها) .
المنشور في مجموعة الاحكام العدلية ـ العدد الاول ـ السنة السادسة ـ ص ١٦ .

طرفي العقد اتفاقا خاصا وجدنا الضمان واستكمالا الى تحديده نتحدث عن بعض النظم الاخرى المقاربة كالغلط والتدليس وغيرها لغرض رفع الالتباس بين ضمان العيوب الخفية وهذه النظم الاخرى حيث اننا قد تحدثنا عن ضمان العيوب الخفية وحددناها بمعايير معينة ومن ذلك فقد يحصل تشابه بين الضمان في بعض الحالات وغيره من النظم القانونية وقد تتداخل معه كما في الغلط والفسخ لعدم التنفيذ وضمان الاستحقاق الجزئي والتدليس .

فقد وجدنا من المناسب ان نحاول التمييز بين ضمان العيوب الخفية والنظم القانونية التي تتشابه معه قدر المستطاع . وحيث ان نطاق هذا البحث لا يتسع لكل الحالات ولذلك فاننا سنتحدث عن تمييز ضمان العيوب الخفية عن اهم حالات هذه النظم : ـ

١ ـ ضمان العيوب الخفية والغلط

لقد نصت الفقرة الثانية من المادة ٥٦٨ من القانون المدني العراقي على ان العيب هو ماينقص ثمن المبيع عند التجار وارباب الخبرة او مايفوت به غرض صحيح اذا كان الغالب في امثال المبيع عدمه .

فنقول ان المشترى اذا وقع بغلط في صفة جوهرية من صفات المبيع نفاذا كانت هذه الصفة تتعلق بصلاحية المبيع وتحقق الغرض الذى اعد له وحيث ان تخلفها يجعل المبيع غير صالح للغرض الذى اعد له كان البيع في هذه الحالة موقوفا على اجازة المشترى بسبب الغلط الحاصل في صفة المبيع الجوهرية ويعتبر ذلك سببا لانشاء ضمان العيوب الخفية فمن يشترى سيارة على انها صالحة للعمل فيجدها خلاف ذلك فقد كان واقعا في غلط وفي صفة جوهرية في المبيع ويمكن اعتبار ذلك عيبا خفيا في المبيع يترتب على هذه الحالة بان يكون للمشترى الحق في الخيارين اما الرجوع على البائع بدعوى ضمان العيب الخفي او الرجوع عليه باقامه دعوى الغلط ولكن يمتنع عليه الجمع بينهما .(١)

١) السنهورى ـ الوسيط في شرح القانون المدني ـ ج ٤ ـ المجلد الاول ـ البيع والمقايضة ـ طبعة ١٩٦٠ ـ ص ٧١٢ ـ فقرة ٣٨٢ .

وقد اشارت الى ذلك المادة ٤٤٧ مدني مصري واعتبرت تخلف الصفات التي كفل البائع للمشتري وجودها فيه من العيوب الخفية حيث نصت على مايلي : ـ

(يكون البائع ملزما بالضمان اذا لم يتوافر في المبيع وقت التسليم الصفات التي كفل للمشتري وجودها فيه او اذا كان بالمبيع عيب ينقص من قيمته او من نفعه بحسب الغاية المقصودة مستفادة مما هو مبين في العقد او مما هو ظاهر من طبيعة الشيء او الغرض الذي اعد له ويضمن البائع هذا العيب ولو لم يكن عالما بوجوده) .

وهناك احوال يوجد فيها غلط دون العيب الخفي فلم يكن امام المشتري الا الرجوع بدعوى الغلط والعكس صحيح فقد يكون هناك عيب خفي وعدم وجود الغلط في المبيع وفي هذه الحالة لايكون للمشتري الا الرجوع بدعوى ضمان العيب الخفي .

وحيث ان الفروق بين الحالتين تحدد كل حالة منهما فعندئذ يمكن القول بان الغلط عيب من عيوب الرضا وامر شخصي يقع بصفة جوهرية في المبيع ولكن ليس بالضرورة ان يتناول هذه الصفة الغرض الذي اعد له المبيع فلو باع شخص سيارة على انها من طراز معين وقبلها المشتري على هذا الاساس واتضح بعد ذلك انها من طراز اخر وليس من الطراز المتفق عليه فان ذلك يعتبر غلطا في صفة جوهرية من المبيع ولم يكن من الضروري ان يكون عيبا خفيا فقد تكون السيارة التي اشتراها المشتري صالحة للغرض المقصود وقد تكون اكثر صلاحية مما اراده المشتري عندئذ لايمكن القول في هذه الحالة بان في المبيع عيبا خفيا .

ويصبح في هذه الحالة ليس للمشتري الا الرجوع بدعوى الغلط .(1)

---

1) يؤيد ذلك قرار محكمة التمييز المرقم ٢٩٣/م٢/ ٩٧٤ والمؤرخ ٤/ ٦/ ١٩٧٤ ومفاده (اذا ظهر ان موديل السيارة المبيعة يختلف عما اتفق عليه فيعتبر ذلك غلطا في صفة جوهرية في الشيء المتعاقد عليه يبيح للمتعاقد نقض العقد) . المنشور في النشرة القضائية ـ العدد الثاني ـ السنة الخامسة ص٣٧ .

وتختلف هذه الحالة عن العيب الخفي وتؤثر في صلاحية المبيع للغرض الذي اعد له فتجعله غير صالح لذلك الغرض بدون ان يتصف هذا العيب بالصفة الجوهرية في المبيع من رأي المشتري . ففي هذا المثل اذا وجد المشتري السيارة من نفس الطراز الذي اراده فانه لم يقع في غلط باعتباره قد اشترى الشيء الذي اراد شراءه .

ومع ذلك فان وجد فيها عيبا خفيا ينقص من ثمنها او صلاحيتها للغرض المقصود عند التجار واهل الخبرة وعندئذ ليس للمشتري الرجوع على البائع الا بدعوى ضمان العيب وليس بدعوى الغلط .

٢ـ التمييز بين ضمان العيوب الخفية والفسخ لعدم التنفيذ

قد يتفق ضمان العيوب الخفية مع الفسخ لعدم التنفيذ . فقد يختلفان مرة ويختلطان مرة اخرى حيث يقوم الفسخ لعدم التنفيذ دون قيام ضمان العيب اذا اشترط المشتري لان يكون المبيع في حالة معينة كان يكون في حالة جيدة وتبين بعد ذلك ان المبيع لم يكن وفقا للشروط المتفق عليها بين الطرفين حتى وان كان فيها لمقصا لصحة تماما لـ لغرض المقصود منه فعندئذ يجوز للمشتري ان يطلب فسخ العقد لعدم تنفيذ البائع لالتزامه من تسليم المبيع في حالة جيدة وفي هذه الحالة لايجوز للمشتري ان يرجع على البائع بضمان العيب لان المبيع لم يكن معيبا وانما هو صالح للغرض المقصود .(١)

وكان يشترط المشتري ان يكون المبيع مصنوعا من مادة معينة فتبين انه مصنوع من مادة اخرى وان كان صالح للغرض المقصود ولذلك يحق للمشتري اقامة دعوى الفسخ لعدم تنفيذ البائع لاتفاقه او التزامه دون ضمان العيوب الخفية . ولكن يقوم ضمان العيب دون الفسخ لعدم التنفيذ اذا وجد المشتري المبيع في الحالة التي اتفق عليها ولكنه وجد به عيبا خفيا ينقص من صلاحيته للغرض المقصود وفي هذه الحالة يكون للمشتري الرجوع على البائع بضمان العيب ولايجوز له ان يطلب فسخ العقد لعدم

---

(١) السنهوري ـ الوسيط في شرح القانون المدني ـ ج ٤ ـ المجلد الاول ـ البيع والمقايضة ـ طبعة ١٩٦٠ ـ ص ٧٠٤ .

التنفيذ واذا اشترط المشتري ان يكون المبيع في حالة صالحة للغرض المقصود ثم تبين ان المبيع ليس في الحالة المتفق عليها فعندئذ يجوز للمشتري الرجوع على البائع بدعوى الفسخ لعدم التنفيذ لان البائع لم يف بالتزامه في تسليم العين المباعة بحالة صالح للغرض المقصود ويجوز له ان يرجع بضمان العيب لوجود عيب في المبيع يجعله غير صالح للغرض المقصود فيتوافق في هذه الحالة الفسخ لعدم التنفيذ وضمان العيب الخفي .(١)

وفي حالة الرجوع على البائع بدعوى الفسخ لعدم التنفيذ لايشترط ان يكون المشتري لم يكن عالما بالعيب وانما يشترط اعتبار ذلك في دعوى ضمان العيب.

اما بخصوص مدة التقادم فان مدة التقادم في الفسخ هي خمس عشرة سنة من وقت اخلال البائع بالتزامه ومدة دعوى ضمان العيب فهي ستة اشهر في القانون المدني العراقي وسنة في القانون المصري وتبدأ المدة من وقت تسليم المبيع في ضمان العيب الخفي وعند تحقق الفسخ فانه يعود باثر رجعي ويعتبر العقد كانه لم يكن ويعاد المتعاقدان الى حالتهما الاولى فيرد المشتري المبيع وياخذ الثمن من البائع .

اما في حالة ضمان العيب فيعتبر البيع قائما وعندئذ تطبق الحالات الواردة في احكام الضمان التي سبق وان تحدثنا عنها .

والنقطة الاخرى التي تجدر الاشارة اليها هو جواز فسخ البيع بالمزاد القضائي او الاداري في حالة عدم التنفيذ ولا يجوز ذلك لضمان العيب الخفي .

ويقول اسعد دياب (يرى البعض ان دعوى ضمان العيب الخفي ماهي الامجرد تطبيق لدعوى الالغاء لعدم التنفيذ لان هدف المتعاقد ليس الحصول على شيء بحد ذاته انما على الشيء لاستعماله وفقا للغاية المرتجاة منه ولذا يشكل هذا الاستعمال موجبا اساسيا لافرعياً بحيث يترتب على انتفاء وجوده وجوب الغاء العقد لعدم مطابقته لارادة الطرفين) . ويستطرد فيقول بخصوص الراي الاول (ان دعوى ضمان العيب ودعوى الالغاء هما سلاح بيد الدائن لتامين

---

١) السنهوري ــ نفس المصدر السابق ــ ص٧٦٧ .

تنفيذ حقوقه العقدية يستعملها عند عدم انفاذ المدين بموجبه او في حالة سوء التنفيذ) .

ويقول اصحاب هذا الرأي بالتقاء الدعويين في الشروط والمفاعيل فمن حيث الشروط هناك في الدعويين حق للدائن بالخيار بين التنفيذ والا لفسخ وفي امكانية العدول عن احد هذين المطلبين الى الاخر طالما لم يصدر قرار نهائي بهذا الشأن خاصة وان الاجتهاد يعتبر ان طلب التنفيذ العيني يتضمن ضمنيا طلب التنفيذ البدلي مما يسهل الرجوع عن احدهما الى الاخر اما من حيث المفاعيل فان التشابه قائم باعادة الحال الى ماكانت عليه في كل من الدعويين اذ ان الغاء البيع بسبب العيب يزيل الحقوق التي انشأها المشترى لمصلحة الغير ويستوجب رد المبيع الى البائع والثمن الى المشترى .

اما الرأي المخالف للفكرة السابقة . يجد هذا الرأي سنده لكثير من الفقهاء ويرتكز على نفي وجود اي ارتباط بين دعوى رد المبيع للعيب الخفي ودعوى الالغاء لعدم التنفيذ معتبرا ان المفعول الرجعي الذي تتميز به دعوى الالغاء هو غريب عن جوهر دعوى الضمان التي لها مفعول فاسخ للعقد اي تزيله بالنسبة للمستقبل فقط .(١)

اما الدكتور توفيق حسن فرج فيقول (لاشك في ان عدم قيام البائع بتنفيذ التزامه وبالتسليم يخول للمشترى طلب فسخ العقد لعدم قيام البائع تنفيذ التزامه ولا دخل في هذه الحالة للاحكام المتعلقة بضمان العيوب ، اما اذا لم يقم البائع بتسليم المبيع بالحالة المتفق عليها او لم يكن المبيع مطابق للشروط الواردة في الاتفاق بين الطرفين او للنموذج ، عليه في هذه الحالة لايقوم البائع بتنفيذ التزامه المتفق عليه في العقد وبهذا يكون للمشترى ان يطلب فسخ العقد لعدم تنفيذ البائع لما التزم به لان المبيع ليس معيبا في هذه الحالة لان العيب الذي يضمنه البائع هو العيب الذي ينقص من قيمة المبيع نقصا محسوسا او يجعله غير صالح للاستعمال فيما اعد له بحسب ماهيته او بحسب الاتفاق اما اذا سلم البائع المبيع بغير الحالة المتفق عليها

---

١) اسعد دياب ــ ضمان عيوب المبيع الخفية ــ الطبعة الثالثة ــ ١٩٨٣ ــ ص٣٧٤ ــ ٣٧٥ .

او سلمه بخلاف الشروط او النموذج المتفق عليه ولم يكن هناك نقص في قيمة المبيع او تجعله غير صالح للاستعمال فان شروط العيب غير متوفرة وان كان البائع يعتبر قد اخل بالتزامه بتسليم المبيع ... لقاعينة او طبقا لشروط معينة كان يتفق ان يكون المبيع مصنوع من مادة معينة فقدم البائع شيئا مصنوعا من مادة اخرى ولكنه صالح للغرض ولا يقل قيمة عما اتفق عليه يعتبر ذلك اخلال شروط العقد دون ان تتوافر شروط العيب الموجب للضمان . ولكن اذا توافرت شروط ضمان العيب والصفات فعندئذ يحق للمشتري الرجوع الى احكام الضمان التي نص عليها القانون .(١)

يتضح مما تقدم بان توفر شروط ضمان العيوب في المبيع تجعل المشتري يلجأ الى تطبيق احكام الضمان ويرجع على البائع بدعوى الضمان وترفع الدعوى في المدة المحددة البالغة ستة اشهر بالنسبة للقانون المدني العراقي وسنة في القانون المدني المصري .

وللقاضي دور مهم في الوصول الى واقع الموضوع وفيما اذا كان يتعلق بدعوى الفسخ لعدم مطابقة المبيع للشروط والنموذج المتفق عليه او فيما يتعلق بدعوى ضمان العيب الخفي حسبما يتراءى للمحكمة من ظروف ووقائع الدعوى بالاستناد الى ضوابط كل حالة من الحالتين .

وبهذا الصدد نشير الى قرارات محكمة التمييز .(٢) و(٣)

---

١) الدكتور توفيق حسن فرج – عقد البيع والمقايضة في القانون اللبناني – مطبعة ١٩٦٨ ص٤٦٤ الى ٤٦٦ .

٢) القرار المرقم ٢٩٣ م/ ٢/ ٩٧٤ والمؤرخ ٤/ ٦/ ٩٧٤ ومفاده (اذا ظهر ان موديل السيارة المبيعة يختلف عما اتفق عليه يعتبر ذلك غلطا في صفة جوهرية في الشيء المتعاقد عليه يبيح للمتعاقد طلب نقض العقد) . النشرة القضائية العدد الثاني – السنة الخامسة – ص٧٢ – المنشور في كتاب المبادئ القانونية في قضاء محكمة التمييز – قسم القانون المدني / الاستاذ ابراهيم المشاهدي نائب رئيس محكمة التمييز ص١٧٢ .

٣) المرقم ٣٩٩/ حقوقية/ ٩٦٥ والمؤرخ ٢٦/ ٥/ ١٩٦٥ والذي جاء فيه (اذا كانت الكمبيالات التي اقر بها المدعى عليه قد تضمنت اقراره بتسليمه البضاعة وقبولها على كل عيب فلا يحق له بعد هذا ان يطلب فسخ الصفقة بسبب العيب) . قضاء محكمة التمييز – المجلد الثالث – ص١٠١ – المنشور في كتاب المبادئ القانونية في قضاء محكمة التمييز – قسم القانون المدني / الاستاذ ابراهيم المشاهدي نائب رئيس محكمة التمييز – ص٥٠٧ .

٢ ـ التمييز بين ضمان العيوب الخفية وضمان الاستحقاق الجزئي

ليس من اليسير ان نضع حدا فاصلا بين حالة العيب الخفي والاعباء غير المصرح بها الموجودة على المبيع لان التشابه القائم بينهما لانه يترتب على وجود عيب في المبيع نقص في قيمته كما يترتب مثل هذا النقص في القيمة في حالة ظهور الاعباء على المبيع لان هذه الاعباء تعتبر بمثابة استحقاق جزئي ٠ وان من اسباب هذا التشابه القائم بينهما هو من حيث اثر كل من النظامين في قيمة المبيع وهو الذى يكون سبب الخلط بينهما لدرجة ان بعض المحاكم تستند الى النصوص الخاصة بكل منهما في آن واحد دون ان تضع حدا فاصلا بين نطاق كل منهما ٠(١) وان المشرع قد اعتبر الجزاء لكل منهما واحدا ولكنهما يفترقان في بعض الامور من خلال استعراض المصادر الخاصة بهذا البحث حسبما نرى ومنها :ـ

١ ـ ان الاستحقاق الجزئي لا يوجب وجود عيب في المبيع وانما يفرض حق للغير عليه حيث ان المبيع يكون صالحا من ناحية مادية وليس فيه عيب ولكنه يكون معيبا من ناحية ملكيته ٠ اما في حالة وجود عيب فالمبيع ليس للغير حق عليه وانما يكون معيبا والعيب فيه بالذات ومن ناحية مادته ولا يوجد عيب في ملكيته ٠

٢ ـ وفي المزاد الذى يحصل في الدوائر الرسمية فان ضمان الاستحقاق يكون جائزا في المبيع لانه يتعلق بملكية المبيع ولا يكون جائزا في ضمان العيب ٠

٣ ـ اما من ناحية حسن النية فيشترط ان يكون ذلك في ضمان العيب ولا يشترط ذلك في ضمان الاستحقاق الجزئي ٠

٤ ـ المدة، ومن ناحية مدة التقادم فتكون خمس عشرة سنة في ضمان الاستحقاق من وقت الاستحقاق وستة اشهر في ضمان العيب كما نصت على ذلك المادة ٥٧٠ من القانون المدني العراقي وسنة في القانون المدني المصرى

---

(١) الدكتور توفيق حسن فرج ـ عقد البيع والمقايضة في القانون اللبناني ـ طبعة ١٦٦٨ بيروت ـ ص ٤٦٧ ـ ٤٦٨ ـ فقرة ٢٠٩ ٠

وحسن وقت التسليم .

ويقول السنهوري (يتقارب الاستحقاق الجزئي من العيب من ناحية ما يعود على المشتري من الخسارة بسبب كل منهما الى حد ان المشرع جعل الجزاء واحدا في الاثنين ولكن الاستحقاق الجزئي لا يفترض وجود عيب في المبيع بل يفترض حق الغير عليه فالمبيع سليم من ناحية مادته ومعيب من ناحية ملكيته اما العيب فيفترض وجود عيب ، فالمبيع لا حق للغير عليه ، فهو معيب من ناحية مادته وسليم من ناحية ملكيته) . (٢)

٤ ـ ضمان العيوب الخفية والتدليس

قد يختلف ضمان العيب عن حالة التدليس ، ففي هذه الحالة يقوم ضمان العيب دون ان يكون هناك تدليس اذا كان البائع لا يعلم بالعيب او كان يعلم به ولكنه لم يدلس على المشتري بان تعمد ان يخفي عنه العيب وقد يقوم التدليس دون ضمان العيب وذلك اذا كان الغلط الذي وقع فيه المشتري عن طريق التدليس لا يتصل بالغرض المقصود من المبيع ولكن بصفة جوهرية فيه كانت هي محل اعتبار المشتري وقد يجتمع ضمان العيب مع التدليس فيما اذا كان بالمبيع عيب خفي تعمد البائع اخفاءه عن المشتري غشا منه فيجوز للمشتري عندئذ رفع دعوى ضمان العيب او رفع دعوى التدليس . (٢) والفرق بين الحالتين هو ان يعمد البائع الى استعمال طرق احتيالية حتى يوقع المشتري في الغلط وفي حالة الضمان قد يكون البائع حسن النية لا يعلم بما في المبيع من عيب كما يراعى ان دعوى الضمان تكون اجراءاتها اسهل من دعوى التدليس حيث لا يقع على المشتري في حالة الضمان اثبات ان البائع قد دلس عليه او انه يعلم بالعيب . (٣)

اما السيد سابق فيقول (اذا دلس البائع على المشتري بما يزيد به الثمن حرم عليه ذلك وللمشتري خيار الرد ثلاثة ايام ، وقيل ان الخيار يثبت له على

---

١) السنهوري ـ الوسيط في شرح القانون المدني ـ ج ٤ ـ المجلد الاول ـ البيع والمقايضة ـ طبعة ١٩٦٠ ـ ص٧٦٨ ـ فقرة ٣٨٦ .

٢) السنهوري ـ الوسيط في شرح القانون المدني ـ ج ٤ ـ المجلد الاول ـ البيع والمقايضة ـ طبعة ـ ١٩٦٠ ـ ص٧٦٦ ـ فقرة ٣٨٢ .

٣) توفيق حسن فرج ـ عقد البيع والمقايضة في القانون اللبناني ـ طبعة ١٩٦٨ ـ بيروت ص٤٦٣ فقرة ٢٠٧ .

(١)
القول اما الحرمة فللغش والتغرير والرسول (ص) يقول من غشنا فليس منا ٠

اضافة الى الفروق السابقة فانه في حالة التدليس يصح ان يكون البيع بالمزاد القضائي او الاداري ويمتنع ذلك في ضمان العيب وفي التدليس يجب رفع الدعوى خلال ثلاث سنوات او خمس عشرة سنة كما في الغلط اما في ضمان العيب فيجب رفع الدعوى بعد الاخطار بالعيب خلال ثلاث سنوات او خمس عشرة سنة كما في الغلط اما في ضمان العيب فيجب رفع الدعوى بعد الاخطار بالعيب خلال ثلاث سنوات من وقت التسليم وفي التدليس يحكم القاضي بابطال البيع فيزول باثر رجعي ويعتبر كان لم يكن فيسترد المشترى الثمن مع التعويض ويرد المبيع ، اما في العيب الخفي فيبقى البيع وقد يرد المشترى المبيع وقد لا يرده حيث توفر شروط العيب الخفي ٠ وقد يقتضي من البائع تعويضا حسب عناصر معينة غير عناصر التعويض في التدليس ٠ (٢)

يتضح من هذه الحالة بان هناك حالات اختلاف بين ضمان العيوب الخفية والتدليس وحالات توافق تدق التفرقة فيها كما اوضحنا ذلك في عرض تلك الحالات ٠

وبعد ان انتهينا من هذا الفصل الثالث ننتقل الى الفصل الرابع ٠

---

١) السيد سابق ــ فقه السنة ــ المجلد الثالث ــ المعاملات ــ بيروت ــ الطبعة الاولى ــ ١٩٧١ ص١١٥ ــ ١١٦ ٠

٢) السنهوري ــ نفس المصدر السابق ــ ص٧٦٦ ٠

- الفصل الرابع -

عدم سماع دعوى الضمان

قد اصطلح بعض شراح القانون على تسمية هذا العنوان بسقطات دعوى الضمان ومعنى ذلك ان ضمانات العيوب الخفية تسقط في حالات خاصة .(١)

اما السنهوري فقد جعل الموضوع بتقادم دعوى ضمان العيب الخفي .(٢)

وقد اثرنا ان يكون الموضوع لهذا الفصل (بعدم سماع دعوى الضمان) وذلك لان المشترى لايستطيع الرجوع على البائع ومطالبته بالضمان لعدم سماع الدعوى لمضي المدة القانونية المقررة لسماعها والحالات الاخرى المبينة في هذا الفصل والتي يمتنع فيها سماع دعوى المشترى على البائع وما يعنيه ذلك ان ضمان العيوب الخفية تسقط في حالات بسبب النص عليها في القانون او بسبب الاتفاق الذى يبرمه المتعاقدان فقد يكون السبب في هذه الحالات متعلقا بحالة المبيع او ما يتعلق بتصرفات المشترى وما ينطوى عليه الاتفاق بين الطرفين بشروط تلزم المشترى باسقاط حقه بالرجوع على البائع بالضمان وقد يتعلق ذلك بطبيعة المبيع او يتعلق بمدة مرور الزمان وسنتناول ذلك تباعا .

الفرع الاول

عدم التزام البائع بالعيوب

نصت المادة ٥٦٧ مدني في الفقرة الثانية منها بانه (اذا اشترط البائع براءته من كل عيب او من كل عيب موجود بالمبيع صح البيع والشرط وان لم يسم العيوب) .(٣) فان سمي العيب او ابراءه المشترى بعد العقد برئ .(٤)

١) الدكتور حسن علي الذنون - شرح القانون المدني العراقي - عقد البيع - طبعة ٥٣ ١٩ - ص٢٥٢ . والدكتور غني حسون طه - الوجيز في العقود المسماة - عقد البيع - الجزء الاول - ص٢٢٢ والدكتور سعدون العامرى - الوجيز في شرح العقود المسماة في البيع والايجار - الطبعة الثالثة - ٧٤ - ص١٥٦ .

٢) السنهورى - الوسيط في شرح القانون المدني - البيع والمقايضة - المجلد الاول - ج ٤ - ٧٥٠ .

٣) الدكتور غني حسون طه - نفس المرجع السابق - ص٢٢٤ والدكتور سعدون العامرى - نفس المصدر السابق - ص١٠٧ والدكتور حسن علي الذنون - نفس المصدر السابق - ص٢٥٣ .

٤) السيد سابق - فقه السنة - المجلد الثالث - المعاملات - طبعة بيروت - ١٩٧١ - ص١٠١ .

ولكن في الحالة الاولى التي يبرأ البائع من العيب الموجود وقت العقد ومن العيب الحادث بعده قبل القبض وفي الحالة الثانية يبرأ من الموجود دون الحادث ويتضح من النص المشار اليه كما نرى ان المشرع فرق بين حالتين الاولى سقوط حق المشترى من الرجوع بالضمان على البائع عن جميع العيوب التي تظهر في المبيع سواء كانت موجودة في المبيع عند التعاقد او ماحصل منها على المبيع في الفترة مابين ابرام العقد والتسليم ٠

اما في الحالة الثانية ففي سقوط حق المشترى في الضمان بسبب العيوب الموجودة في المبيع حين التعاقد ولكن حقه في الضمان يظل قائما عما يحصل في المبيع من عيوب بعد العقد وقبل التسليم لعدم انصراف شرط البراءة اليها حسب الشرط الاخير من الفقرة الثانية من المادة ٥٦٧ والذى جاء فيه (وفي الحالة الثانية يبرأ الموجود دون الحادث) ٠(١)

ويعني ذلك ان البائع غير مسؤول عن العيوب الموجودة وقت العقد ولكنه مسؤول عن العيوب التي تحصل بعد العقد وقبل التسليم ولكن لايسقط شرط الضمان اذا كان البائع عالما بالعيب في المبيع وقت العقد وتعمد اخفاءه عن المشترى غشا منه لان عجز المادة ٥٦٨ مدني قد نص على انه (يقع باطلا اذا كان البائع قد تعمد اخفاء العيب) وما يعنيه بطلان شرط الاعفاء من الضمان عيو لان الاشتراط عن ذلك معناه نفي المسؤولية عن الغش وهذا غير جائز قانونا ولان الغش يبطل التصرفات ٠

وخلاصة القول ان البائع غير مسؤول عن العيوب الموجودة في المبيع اثناء ابرام العقد والتي تنشأ بعد العقد وقبل تسليم المبيع الى المشترى مع ملاحظة القيود التي اشرنا اليها وبهذا الصدد نشير الى قرار محكمة التمييز ٠(٢)

---

١) وقد نقل القانون المدني العراقي نص المادة عن المادتين ٥١٧ و ٥١٨ من مرشد الحيران ــ انظر الدكتور غني حسون طه ــ نفس المرجع السابق ــ الدكتور حسن علي الذنون ــ المرجع السابق ــ ص ٢٥٤ ٠

٢) المرقم ٥٦٠ / صلحية/ ٩٥٥ ــ العقد ادية ٠ ومفاده (ان المدعي عليهما قد بينا انهما باعا الفرس موضوع الدعوى على المدعي على كل عيب فيها وان المدعى قد قبل بذلك فكان على المحكمة ان تكلفه باثبات هذا الشرط وعند العجز تمنحه حق التحليف) القضاء المدني العراقي ــ سلمان بيات ــ ج ٢ ص ٧٢ ٠

الفرع الثاني

تنازل المشتري عن دعوى الضمان

مادام ان الحق في ضمان العيوب الخفية يعود الى المشتري فمن حقه التنازل عن دعوى الضمان بسبب تلك العيوب وله ان يتنازل صراحة او ضمنا وليس هناك اشكال في التنازل الصريح اما التنازل الضمني فقد يفترضه القانون كان يكون العيب ظاهرا وقبله المشتري او يتصرف المشتري بالمبيع بعد اطلاعه على العيب الخفي او يحوله الى شيء آخر او يرتب حقا للغير في المبيع وفي جميع هذه الحالات تاكيدا بان المشتري قد تنازل عن حقه بالرجوع على البائع بالضمان . ويقول الدكتور حسن علي الذنون (وقد يستدل على التنازل الضمني من العمل المادي الذي يقوم به المشتري كان يستهلك العين بعد اطلاعه على العيب الخفي فيها كما قد يستدل عن العمل القانوني الذي يقوم به المشتري مثل هذا ان يتصرف في المبيع تصرفا يرتب عليه حق الغير)[1] لذلك فان البائع اذا ذكر ان في المبيع عيبا واطلع المشتري عليه ثم اشتراه المشتري بالعيب الذي كان موجودا في المبيع فليس له خيار في رده بالعيب المسمى وانما له رده بعيب آخر ، والعلة في ذلك ان المشتري يعتبر راضيا بالعيب المسمى اما بالنسبة للعيب غير المسمى فانه لا يعتبر راضيا به ويجوز له رد المبيع عند اكتشاف العيب[2] حيث ان المشتري يسقط حقه في دعوى الرد اذا نزل عن مباشرتها ذلك ان الرجوع بالضمان حق مقرر لصالحه ، ولهذا يكون له ان ينزل عنه وليس في هذا النزول ما يتعارض مع النظام العام[3] ويسقط خيار المشتري بالرضا بالعيب بعد العلم به ذلك لان حق الرد لفوات السلامة المشروطة في العقد دلالة واسقاط الخيار صريحا او ضمنيا كأن يقول اسقطت الخيار

---

١) الدكتور حسن علي الذنون ـ شرح القانون المدني العراقي ـ عقد البيع ـ طبعة ١٩٥٣ بغداد ـ ٢٥٤ .

٢) الدكتور سعدون العامري ـ الوجيز في شرح العقود المسماة ـ ج ١ ـ في البيع والايجار ـ الطبعة الثالثة ١٩٧٤ ـ ص١٥٦ .

٣) الدكتور توفيق حسن فرج ـ عقد البيع والمقايضة ـ طبعة ١٩٦٨ ـ ص٥٦١ و ٥٦٢ .

او ابطلته وما يجرى هذا المجرى لان خيار العيب حقه استيفاء واسقاطا .[١] وبما ان الحق بالرجوع بضمان العيوب مقرر لمصلحة المشترى فان له ان ينزل عن حقه في الرجوع على البائع بالضمان ماقد يجده في المبيع من عيوب واذا ذكر ذلك في المبيع وقت العقد اعتبر المشترى قابلا له بعيبه وعندئذ يمتنع عليه الرجوع على البائع بدعوى الضمان ــ ولذلك لايجوز للمشترى الذى تنازل عن حقه في ضمان عيب سمي وقت العقد ان يرجع ويطالب بفسخ البيع بسبب العيب الذى تنازل عن حقه فيه لانه يعتبر راضيا به الا انه يستطيع رد المبيع بعيب آخر لم يسمه وقت العقد .[٢]

ويتضح من كل ماتقدم فان المشترى يسقط حقه بالرجوع على البائع عند تنازله عن العيب في المبيع صراحه او دلالة بعد اطلاعه على العيب القديم مما يعتبر رضاءا منه بذلك العيب ولذلك لاخيار له في المبيع المعيب الذى علم به وقت المبيع وسمي له الا انه لايستطيع رد المبيع اذا وجد به عيب آخر لم يذكر وقت البيع .

الفــرع الثالث

تصرف المشترى بالمبيــــع المعيــب

رغم ان تصرف المشترى بالمعيب هو صورة او حالة من حالات التنازل كما نرى الا اننا افردنا له فرعا خاصا كما فعل شراح القانون المدني .[٣]

الا ان الدكتور حسن علي الذنون اعتبره حالة من حالات تنازل المشترى عن دعوى الضمان[٤] ويعني تصرف المشترى بالمبيع بعد اطلاعه على عيب قديم فيه تصرف الملاك هو سقوط خيار كأن يبيع المشترى المبيع بعد اطلاعه على العيب القديم فيه اوعرضه للبيع لان ذلك يعتبر رضاءا منه بالعيب الموجود في المبيع وقد اكدت

١) الدكتور محمد زكي عبد البر ــ احكام المعاملات المالية في المذهب الحنفي ــ العقود ــ الطبعة الاولى ١٩٨٦ ــ ص٢٥٢ ــ ٢٥٣ .

٢) الدكتور غني حسون طه ــ الوجيز في العقود المسماة ــ ج ١ ــ عقد البيع ــ طبعه ١٩٦٩ ــ ١٩٧٠ بغداد ــ ٣٢٣ و ٣٢٤ و الدكتور عباس الصراف ــ شرح عقدى البيع والايجار في القانون المدني العراقي ــ طبعة ١٩٥٦ بغداد ــ ص٢٢٢ ــ فقرة ٥٣٣ .

٣) الدكتور غني حسون طه ــ المصدر السابق ــ ص٣٢٢ ، فقرة ٥٤٨ ــ والدكتور عباس الصراف ــ المصدر السابق ــ ص٢٢٦ ــ فقرة ٥٤٣ ــ والدكتور سعدون العامرى ــ المصدر السابق ــ ص١٥٦ فقرة ٥٦٦ .

٤) الدكتور حسن علي الذنون ــ نفس المصدر السابق ــ ٢٥٩ ــ فقرة ٢٦٧ .

ذلك المادة ٥٦٦ من القانون المدني العراقي بقولها (اذا اطلع المشتري على عيب قديم في المبيع ثم تصرف فيه تصرف الملاك سقط خياره) . ولكن اذا تصرف المشتري بالمبيع تصرف الملاك قبل علمه بوجود العيب القديم فله الرجوع على البائع بنقصان الثمن لانه لايستطيع الفسخ لتعلق حق الغير بالمبيع المعيب.[1]

ويقول السنهوري (فان كان تصرف المشتري بعد اطلاعه على العيب اعتبر هذا نزولا ضمنيا منه عن ضمان العيب الا اذا احتفظ بحقه قبل التصرف وعند ذلك لايرجع الا بتعويض عن العيب لانه استبقى المبيع وتصرف فيه الا اذا رجع عليه من اشترى منه بضمان هذا العيب وعندئذ يصح له ايضا الرجوع على بائعه) .[2] ويستطرد فيقول (اما اذا كان تصرف المشتري في المبيع المعيب قبل اطلاعه على العيب فانه لايستطيع في هذه الحالة رد المبيع الى بائعه بالعيب لتعذر رده فهو من اشتراه وهو ضامن للتعرض والاسترداد والضمان لايجتمعان ولذلك فليس امام المشتري الاول الا الرجوع على بائعه عن الضرر الذي حصل له بسبب العيب . ويعني تصرف كذلك في المبيع المعيب هو تعلق حق الغير به كحق الارتفاق .

ويقول السنهوري (كذلك اذا تصرف المشتري في المبيع بان اخرجه من ملكه حتى قبل علمه بالعيب سقط خياره لتعذر رد المبيع الى البائع فاذا باع المبيع او وهبه اوسلمه وهو غير عالم بالعيب سقط خياره ولكن لو فسخ تصرفه رد اليه المبيع بخيار شرط اوبخيار رؤية مثلا عاد حق خيار العيب للمشتري وجاز رد المبيع للبائع)[3] وان كل عمل قانوني يقوم به المشتري ويكون من شانه نقل ملكية العين المبيعة الى الغير يسقط حق هذا المشتري من الرجوع على البائع ويترتب على هذا ان المشتري اذا باع العين المعيبة بعد اطلاعه على العيب القديم فيها او وهبها او قايض عليها او اوقفها

---

١) الدكتور سعدون العامري ـ نفس المصدر السابق ـ ص١٥٦ .

٢) السنهوري ـ الوسيط في شرح القانون المدني ـ ج ٤ ـ المجلد الاول ـ البيع والمقايضة ـ طبعة ١٩٦٠ ـ ص٧٤٨ .

٣) السنهوري ـ مصادر الحق في الفقه الاسلامي ـ ج ٤ ـ طبعة ١٩٥٧ ـ ص ٢٨٧ .

فانه لا يجوز الرجوع على البائع بشيء • والخلاصة فان المشتري يسقط حقه بالرجوع على البائع عند تصرفه بالمبيع بعد اطلاعه على العيب القديم او قيام المشتري ببيع المبيع ونقل ملكيته الى مشتري ثاني وتصرف المشتري الثاني به او تحويله الى شيء آخر عندئذ يسقط حقه بالضمان بالرجوع على البائع فاذا تصرف المشتري بالعيب او استعمله بعد علمه بالعيب والا لا يعلم او كون العيب ظاهرا فعندئذ يبطل خياره ولا يجوز الرجوع على البائع بالضمان حيث ان اي تصرف من المشتري في المبيع وفق الصور بحسب المشار اليها يسقط حقه في دعوى الضمان •

ويؤيد ذلك قرار محكمة التمييز • (١)

الفـــرع الرابـــع

البيع بالمزاد العلني بمعرفة المحكمة او الجهات الحكومية الاخرى

نصت المادة ٥٦٩ على انه (لا تسمع دعوى ضمان العيب فيما بيع بمعرفة المحكمة او الجهات الحكومية الاخرى بطريق المزايدة العلنية) •

ان مفهوم هذا النص هو بخلاف القاعدة العامة التي تقرر بان عقد البيع يصلح اساسا للرجوع على البائع بدعوى الضمان لان البيع بالمزاد العلني سواء كان بمعرفة

---

١) القرار المرقم ١٧٠٩/ صلحية/ ١٥٣ ومفاده (اذا اطلع المشتري على عيب قديم في المبيع ثم تصرف فيه تصرف الملاك سقط خيار ذلك لانه اتفاق المدعي والمدعى عليه والى ان يدفع المدعي عليه للمدعي المبلغ المتفق عليه بينهما بعد اصلاح الاثاث العائدة للمدعي عليه ولم يقم باصلاحها لذلك فان المدعي باتفاقه هذا قد اسقط حقه في طلب فسخ عقد البيع الواقع لظهور العيب في المال الذي اشتراه) •
لذا يصبح الحكم المميز برد دعوى المدعي موافق للقانون في ٢١/ ١١/ ١٩٥٣) •
سلمان بيات ـ القضاء المدني العراقي ـ الجزء الثاني ١٩٦٢ ـ ص٧١٠

المحكمة أو من قبل الجهات الادارية او الحكومية الاخرى كونه قد اعلن عنه كانت هناك مدة للمزايدين بفحص المبيع قبل الاشتراك بالمزايدة وقبل شراء المبيع كما ان قبول اعادة اجراءات البيع هي من الحالات المعقدة وكثيرة الاجراءات وفي ذلك ضرر على المدين لتحمله عبء مصروفات جديدة[1] يتحملها المزايد الاخير الذي لم تكن له في ذلك صعوبة اعادة الوضع على ماكان عليه قبل البيع الذي يتم عن طريق البيع بالمزاد العلني وتوزيع الثمن على الدائنين بعد قبضه من المشترى اضافة الى ان المشترى يعرف مقدما بان ليس له الحق في ضمان العيوب الخفية بالمبيع في المزاد العلني ومن جهة اخرى فان مقتضيات الثقة بالمبيوعات الحكومية تقتضي عدم قبول دعوى الضمان وينبغي على ذلك ان البيوع التي تحصل بواسطة المحكمة والجهات الادارية والحكومية الاخرى هي بيوع لامجال لضمان العيب فيها لان المادة ٥٦٩ مدني عراقي قد جاءت لتدارك حالة الاستثناء لضرورة استقرار هذه البيوع التي تجرى بمعرفة المحكمة والجهات الادارية والحكومية الاخرى ونصت المادة ٤٥٤ من القانون المدني المصرى على انه (لاضمان للعيب في البيوع القضائية ولا في البيوع الادارية اذا كانت بالمزاد) . واوردت نفس الاسباب التي بينتها المادة ٥٦٩ من القانون المدني العراقي .

ويقول الاستاذ السنهورى : ــ

(اما البيوع الاختيارية حتى لو اجريت بطريق المزاد كبيع العين المشاعة لعدم امكان قسمتها فيقوم فيها ضمان العيب) .[2]

---

١) الدكتور سعدون العامرى ــ نفس المصدر السابق ــ ص١٥٧ .
والدكتور غني حسون طه ــ نفس المصدر السابق ــ ص ٣١٠ ــ فقرة ٥٢٦ .
والدكتور حسن علي الذنون ــ نفس المصدر السابق ص ٢٤٠ .
والسنهورى ــ الوسيط في شرح القانون المدني ــج ٤ ــ المجلد الاول ــ البيع والمقايضة ــ طبعة ١٩٦٠ ــ ص٧٣٢ ــ فقرة ٣٧١ .

٢) السنهورى ــ الوسيط في شرح القانون المدني ــ البيع ــ المجلد الاول ــج ٤ ــ ص ــ ٧٣٣ .

وقال بهذا الرأي الدكتور غني حسون طـــــه .(١)

اما الدكتور حسن علي الذنون : ـ

فقد قال بخلاف هذا الرأي واعتبر ان كل البيوع التي تحصل بطريق المزايـــدة العلنية والتي تقوم بها المحكمة والجهات الادارية حتى البيوع الاختيارية وبيــع العقارات لعدم امكان قسمته لامجال لضمان دعوى العيوب الخفية اذا كان الشركــاء من ذوي الاهلية وبيع اموال القاصرين من قبل المحكمة .

والبيوع التي تقوم بها جهات الادارة كلها بيوع لامجال لضمان العيب فيهـــا . (٢)

كما واننا نرى بان ما استقر عليه القضاء في المبيع للعين الشائعة بالمزاد العلنـــي حتى لو كانت اختيارية لاضمان فيها للعيب اذا اجريت عن طريق المزايدة لان البيــع قد اجرى بالاعلان عن المبيع وبطريق المزايدة العلنية ولان الشريك الذي ترسو عليــه المزايدة يكون مطلعا على المبيع اكثر من غيره من بقية المزايدين .

كما وان المادة ٥٦٩ لم تستثن البيوعات الاختيارية لانها هي اصلا استثناء علــى القاعدة العامة ولايجوز استثناء حالة اخرى ضمن الحالة الاستثنائية وانسجاما مع نـــص هذه المادة وما اوضحناه بهذا الصدد فان البيوع القضائية والادارية التي تتم عـــن طريق المزاد العلني ينتفي فيها قبول ضمان العيب .

اما البيوع الاخرى يقوم فيها ضمان العيب سواء كانت من العقارات أو المنقـــولات مادية اوغير مادية . ولـــــــــــــــدرج ادنـــــاه بعـــض قرارات محكمة التمييز حول البيع بمعرفة المحكمة او الجهات الحكومية الاخرى بطريــق المزايدة العلنية .(٣) و(٤)

---

١) الدكتور غني حسون طه ـ الوجيز في العقود المسماة ـ ج ١ ـ عقد البيـع ـ بند ـ ٥٢٧ .

٢) الدكتور حسن علي الذنون ـ شرح القانون المدني العراقي ـ عقد البيــع ـ ـ ص ـ ٢٤١ .

٣) قرار محكمة التمييز المرقم ٧٠٢/ حقوقية/ ٦٥ والمؤرخ ١٨/ ٨/ ١٩٦٥ قضـاء محكمة التمييز ـ المجلد الثالث ـ ص ٢ ١٠ وبغداده ـ يمنع سماع دعوى ضمــان العيب فيما بيع بمعرفة المحكمة بطريقة المزايدة العلنية .
المنشور في كتاب المبادئ القانونية ـ قضاء محكمة التمييز ـ قسم القانون المدني ـ الاستاذ ابراهيم المشاهدي ـ نائب رئيس محكمة التمييز ـ ص ٥٠٧ .

٤) قرار محكمة التمييز المرقم ٢٦٢/ حقوقية ثالثة / ٩٦٦ والمؤرخ ٣/ ٣/ ١٩٧٠ الذي جاء فيه .
لاتسمع دعوى الاضرار والعيوب فيما بيع بمعرفة المحكمة بطريقة المزايدة العلنية ـ المادة ٥٦٧ مدني .
المنشور في النشرة القضائية ـ العدد الاول ـ السنة الاولى ـ ص ٨١ .

الفـــرع الخامـــس

مضي المدة المسقطـــة لدعـــوى الضمـــان

نصت المادة ٥٦٠ من القانون المدني العراقي على انه (اذا تسلم المشتـــرى المبيع وجب عليه التحقق من حالته بمجرد تمكنه من ذلك وفقا للمالوف واذا كشـــف عيبا يضمنه البائع وجب عليه ان يبادر باخباره فان اهمل في شيء من ذلك اعتبـــر قابلا للمبيع) ٠

وان المادة ٥٧٠ قد نصت على مايلي : ــ

١ــ (لاتسمع دعوى ضمان العيب اذا انقضت ستة اشهر من تاريخ وقت تسليـــم المبيع حتى ولو لم يكشف المشترى العيب بعد ذلك مالم يقبل البائع ان يلتـــزم بالضمان لمدة اطول) ٠

٢ــ (وليس للبائع ان يتمسك بهذه المدة لمرور الزمان اذا اثبت ان اخفاء العيـــب كان بغش منه) ٠

ولدى التدقيق والتأمل فيما ورد بالمادتين المشار اليهما اعلاه يفهم بـــان المشترى الذي له حق على البائع بدعوى ضمان العيب ليس له الرجوع على البائـــع اذا اعتبر قابلا للمبيع لعدم قيامه باخبار البائع او انذاره بالعيب بمجرد ان يكشـــف عنه واذا لم يرفع دعوى الضمان خلال مدة لاتزيد عن ستة اشهر من تاريخ استـــلام المبيع مالم يتلزم البائع بمدة اطول ولا يجوز تقصير المدة لانها هي اصلا لصالـــح المشترى ٠

وينبني على ذلك ان على المشترى ان يبادر فورا بفحص المبيع بمجرد تسلمـــه واذا وجد به عيبا ولم يبادر باخباره او انذار البائع عند اكتشافه وسكت عنه فقد اعتبـــر قابلا بالمبيع[1] ولذلك يجب على المشترى ان يبادر الى اخبار او انذار البائع قبـــل اقامته دعوى ضمان العيب حيث يجب على المشترى ان يوجه اخطارا الى البائـــع

١) السنهوري ــ الوسيط في شرح القانون المدني ــ ج ٤ ــ المجلد الاول ــ عقـــد البيع والمقايضة ــ طبعة ١٩٦٠ ــ ص ٧٣٤ ٠

يعلمه بالعيب والا سقط حقه بالتقادم لان المادة ٥٦٠ قد اشترطت على المشتري ان يبادر الى اخبار البائع بالعيب الذي يجده بالمبيع على ان يكون خلال مدة معقولة لان المشرع لم يحدد ميعادا للمشتري بفحص المبيع والتحقق منه وانما اشار الى المالوف في التعامل ولذلك وجب عليه ان يبادر الى اخبار البائع عند علمه بالعيب خلال مدة معقولة واذا علم المشتري او اهمل فحص المبيع ولم يخبر البائع بالعيب اعتبر قابلا بالمبيع[1] رغم وجود العيب عندئذ يسقط حقه بدعوى ضمان العيب اما اذا استعمل حقه باخبار البائع قبل مضي المدة القانونية المقررة لرفع الدعوى فمن حقه أن يقيمها خلال تلك المدة المذكورة في المادة ٥٧٠ من القانون المدني العراقي البالغة ستة شهور والتي تبدأ من تاريخ استلام المبيع وليس من تاريخ عقد البيع ولا من تاريخ اكتشاف العيب . (٢)

ويلاحظ بان المشرع العراقي لم ياخذ براي الفقهاء الذين يرون ان خيار العيب خيار فوري فقد قال الشافعية الشرط ان يكون رد المبيع بعد العلم بالعيب على الفور . فلو علم المشتري بالعيب واخر رده بلا عذر سقط حقه في الرد .

وبهذا الراي قال فقهاء المالكية الا ان الفورية عندهم تقدر بيومين وما زاد عنها يعتبر راضيا لسقط حق الخيارين في الرد بالعيب الا اذا كان التأخير لعذر مشروع.

اما الحنفية والحنابلة فقد قالوا لايشترط ان يكون رد المبيع بعد العلم بالعيب على الفور بل يصح ان يكون على التراخي لانه شرع لرفع ضرر متحقق فلم يبطل التأخير الا اذا كان مقترنا بما يدل على الرضا .

وهكذا يظهر بان المشرع العراقي وقف من هذه الاقوال موقفا وسطا فلم يشترط الفورية في الرد ولم يطعن التراضي وانما قيده بمدة ستة شهور من وقت تسلم المبيع[٣]

---

١) السنهوري نفس المصدر السابق ـ ٧٣٤ .
٢) الدكتور حسن علي الذنون ـ شرح القانون المدني العراقي ـ عقد البيع ص٢٥٦ ـ ٢٥٧ .
٣) الدكتور حسن علي الذنون ـ نفس المصدر السابق ـ ص٢٥ .

ويتبين من ذلك ان القانون قد قرر سقوط دعوى الضمان بمدة قصيرة على التسليم ويستوي في ذلك ان يكون المشتري قد اطلع على العيب خلال المدة المذكورة او لم يطلع عليه الا بعد ذلك بامد طويل ولذلك فانه بمجرد مرور مدة ستة اشهر على التسليم يؤدي الى فقدان المشتري لحقه في الرجوع على البائع بالضمان ٠

ويبرر اتجاه المشرع بصدد هذه الحالة برغبته في حسم المنازعات التي تحصل بسبب ضمان العيوب الخفية والمشاكل والخلافات التي يعتبرها هذا الضمان لحالة تعذر معرفة منشأ العيب وبقاء البائع مهددا من قبل المشتري بالرجوع عليه بالضمان مدة طويلة مما يؤدي الى عدم استقرار المعاملات ٠ (١)

ان حكم المادة ٥٧٠ مدني عراقي ليس من النظام العام اذ ان مدة الستة اشهر ولو انها مدة تقادم الا ان المشرع اباح اطالتها في حالة ما اذا قبل البائع ذلك ويعتبر ذلك بمثابة التفاف على تمديد الضمان ٠ (٢)

ولدى التامل في مقدار المدة المنصوص عليها في المادة ٥٧٠ من القانون المدني العراقي البالغة ستة اشهر نجد بان هناك حالتين تتجاوز المدة المذكورة وهي :ـ

١ـ اذا اتفق البائع والمشتري على اطالة امد المدة وقد اجازت ذلك الفقرة الاولى من المادة ٥٧٠ حيث ورد فيها مايلي (مالم يقبل البائع ان يلتزم بالضمان لمدة اطول) ٠

٢ـ اذا اثبت المشتري ان اخفاء العيب كان بغش من البائع واشارت الى هذه الحالة الفقرة الثانية من المادة المذكورة وان اثبات هذه الحالة يقع على عاتق المشتري ٠

---

١) الدكتور غني حسون طه ـ الوجيز في شرح العقود المسماة ـ الجزء الاول ـ عقد البيع ـ طبعة بغداد ـ ١٩٦٩ ـ ١٩٧٠ ـ ٣٢٥

٢) الدكتور سعدون العامري ـ الوجيز في شرح العقود المسماة ـ الجزء الاول في البيع والايجار ـ الطبعة الثالثة ـ ١٩٧٤ ـ ص١٥٧ ٠

القانون المصرى

اما في القانون المصرى فان مدة تقادم دعوى الضمان قصيرة جدا فهي ثمانية ايام من تاريخ وقت علم المشترى بالعيب وسنة كاملة في التشريع الحديث ومن وقت تسليم المبيع حتى ولو لم يكتشف المشترى هذا العيب الا بعد هذا التاريخ (١) حيث نصت المادة ٤٥٢ من القانون المدني المصرى على مايلي :ـ

١ ـ تسقط بالتقادم دعوى الضمان اذا انقضت سنة من وقت تسليم المبيع ولو لم يكتشف المشترى العيب الا بعد ذلك مالم يقبل البائع ان يلتزم بالضمان لمدة اطول .

٢ ـ على انه لايجوز للبائع ان يتمسك بالسنة لتمام التقادم اذا اثبت انه تعمد اخفاء العيب غشا منه .

يتضح من هذه النصوص بان المشرع حدد مدة التقادم في القانون المدني العراقي ستة اشهر لاقامة دعوى ضمان العيب وحددها في القانون المدني المصرى سنة كاملة وان التشابه والتوافق بين النص المدني العراقي والقانون المدني المصرى قائم من حيث تاريخ اقامة دعوى الضمان حيث اعتبرها القانونان تبدأ من تاريخ تسليم المبيع المعيب ومتفقان كذلك بان هناك حالتان يجوز فيهما قبول البائع باطالة امد مدة الضمان اذا اتفق البائع والمشترى على ذلك او اذا ثبت ان اخفاء العيب كان بغش من البائع ولكن التقنين المدني المصرى القديم قد اعتبر المدة المذكورة هي ثمانية ايام خلافا لما ورد بنص المادة ٤٥٢ من القانون المدني المصرى الحديث ولذلك فان التقنين المدني المصرى القديم يختلف عن التقنين الجديد في ثلاث حالات :ـ

١ ـ مدة التقادم في القانون المصرى الجديد سنة وهي ثمانية ايام في القانون المصرى القديم .

٢ ـ وهي مدة تقادم في القانون المصرى الجديد ومدة سقوط في القانون المصرى السابق لامدة تقادم .

---

١) السنهورى ـ نفس المصدر السابق اخر الهامش الاول من الصفحة ٧٣٤ ونهاية الصفحة ٧٣٥ .

٣ ـ وتسرى المدة في التقنين المصرى الجديد من وقت التسليم وفي القانون السابق من وقت العلم اليقيني بالعيب .(١)

لان القانون قد نص على جواز اطالة امد مدة التقادم كما ورد في نص المادتين ٥٧٠ الفقرة الاولى منها والمادة ٤٥٢ من القانون المدني المصرى الفقرة الاولى منها كذلك حيث جاء فيهما ما لم يقبل البائع ان يلتزم بالضمان لمدة اطول وفي هذا فان المشرع قد ترك الامر الى البائع فاذا اتفق مع المشترى على مدة اطول من المدة المقررة في القانون المصرى والعراقي فان هذا الاتفاق يكون معتبرا وعندئذ يجوز للمشترى التمسك به كما وان المشرع قد اورد حالة اخرى يجوز فيها تجاوز مدة التقادم في كل من القانون المدني العراقي والمصرى وهي عند اثبات كون البائع قد تعمد اخفاء العيب غشا منه وهي الحالة الاخرى التي تعطي حقا للمشترى بالرجوع على البائع بدعوى ضمان العيب عند اثبات تعمده على اخفاء العيب وبعد ذلك يحق للمشترى اقامة دعوى حتى بعد انتهاء المدة المقررة والبالغة ستة اشهر في القانون المدني العراقي وسنة في القانون المدني المصرى والتي تبدأ هذه المدة من تاريخ تسليم المبيع وواضح ان القانون المدني العراقي يختلف عن القانون المدني المصرى في نص المادتين المشار اليهما بمقدار المدة فقط وندرج فيما يلي بعض قرارات محكمة التمييز الخاصة بموضوع تقادم ضمان العيوب الخفية توضيحا لما بيناه بهذا الصدد ومنها .(٢) و(٣) و(٤)

---

١) السنهوري ـ نفس المصدر السابق ـ من هامش الصفحة ـ ٧٥٠ .

٢) القرار رقم ٣٦٤/ هيئة عامة اولى / ٩٧٤ والمؤرخ ١٠/ ٥/ ٩٧٥ المتضمن (اذا اعترف البائع بوجود العيوب في المبيع وتعهد باصلاحها فان التزاما جديدا لاصلاح تلك العيوب يكون قد نشا في ذمة البائع وهذا الالتزام لاينقضي الا بالتقادم الطويل ولا يفيد بعد ذلك قول البائع بان المشترى قد قبل المبيع بعد الرؤيا والاطلاع وان مسؤوليته سقطت بذلك) .
المنشور في مجموعة الاحكام العدلية ـ العدد الثاني ـ السنة السادسة ص ٢٨

٣) القرار المرقم ٤٦٠/م٢/ ٩٧٣ والمؤرخ ٥/ ١١/ ٩٧٣ ومفاده (لايحق لمشترى السيارة مطالبة بائعها لتعويضه عن نقص قيمتها بسبب عيب فيها اذا مضت اكثر من ستة اشهر بين تسلمه السيارة و اقامة الدعوى) .
المنشور في النشرة القضائية ـ العدد الرابع ـ السنة الرابعة ص ٦١ .

٤) القرار المرقم ٢٥٧/ مدنية ثانية/ ١٩٧٥ والمؤرخ ١٣/ ٤/ ٩٧٥ ومفاده (ليس للبائع التمسك بمرور الزمان في ضمان العيب بانقضاء ستة اشهر من وقت تسليم المبيع اذا ثبت ان اخفاء العيب كان بغش منه) .
المنشور في مجموعة الاحكام العدلية ـ العدد الثاني ـ السنة السادسة ص ٦٢ .

الخاتمــــــــــــة

نستخلص من كل ماتقدم بان ضمان العيوب الخفية من الاثار التي يرتبها عقد البيع وقد تحدثت عنه المواد من ٥٥٨ لغاية ٥٧٠ من القانون المدني العراقي وبينت شروط العيوب الخفية وفصلت احكام الضمان والحالات التي يجوز فيها رد المبيع الى البائع وابقاء المبيع لدى المشترى ثم تكلمت عن موانع رد المبيع والضمان المشروط او تعديل احكام الضمان الاتفاقي ثم بينت حالات عدم سماع دعوى الضمان او ما اصطلح عليها بمسقطات الضمان .

وقد لاحظنا من خلال الاطلاع على مصادر ومواضيع البحث اختلاف وجهات النظر الفقهية والتشريعية والقضائية وتطابق بعضها بشأن الحلول المتعلقة بضمان العيوب الخفية وان عقد البيع هو الذى ينظم تبادل الخدمات والمنافع ويرتب لاطرافه حقوقا والتزامات لانه الوسيلة التي يتم بموجبها نقل ملكية الاموال .

وان ضمان العيوب الخفية هو اثر من اثار عقد البيع لذلك فانه متصل بالحياة الاقتصادية وتتطور مشاكله مع تطور الحياة الاقتصادية والتطور الصناعي . وتبقى هذه العلاقة الوثيقة بين الواقع في تطوره وقاعدة ضمان العيب الخفي . ولذلك فقد اهتمت التشريعات بوضع نصوص قانونية تنظم حالات ضمان العيوب الخفية وما يترتب منها على البائع و المشترى باعتبارهما اطراف العلاقة في عقد البيع ووضع الحلول السائبة لاستقرار التعامل وايجاد الثقة بين المتعاقدين والتوسع بهذا المفهوم حتى اصبح للمشترى الاخير الحق بمتابعة حقه بموجب الدعوى المباشرة .

وقد ساعد في حسم الخلافات التي يحتمل ان تحصل بين المتعاقدين عند ظهور عيب من العيوب الخفية واخلال احدهما بما يترتب عليه من التزامات نتيجة للاتفاق الذى يبرم بين الطرفين او الاخلال بالشروط المذكورة في العقد لتجنب حالة الخلاف.

واضافة الى النصوص القانونية ووضع شروط في العقد عند البيع فقد اسهمت الاراء الفقهية والقضائية في حل المشاكل التي قد تحصل بسبب عيب في المبيع.

وبالرغم من كل الحلول فقد بقيت بعض نقاط ضمان العيوب غير واضحة وشار بعض الخلافات في آراء الفقهاء .

وقد يكون سبب ذلك اما لغموض في بعض التشريعات واما لصعوبة التفرقة بين ضمان العيوب الخفية والنظم القانونية الاخرى القريبة منه كالغلط والدفع لعدم التنفيذ .

ولذلك فان وضع معيار بين ضمان العيوب الخفية وهذه الحالات امر ضروري لرفع الالتباس في الحالات التي تدق فيها التفرقة بين هذه الانظمة القانونية لغرض تلافي كل نقص او غموض لتوفير الثقة بالمعاملات التي يتبادلها افراد المجتمع يوميا ولمنع حصول المشاكل بين اطراف العقد وايجاد حالة الاستقرار في التعامل .

وقد حاولنا قدر الامكان ان نجعل هذا البحث مفيدا لاعتماد الجانب النظري واعتماد الممارسة العملية في اعداده لان الواقع العملي الذي يقوم به الانسان بنفسه يجعل تفكيره منظما وتطبيقه للقانون واقعيا ولان العلم النظري هو تفكير ومعرفة ويجب الاهتداء به في الحياة العملية ولابد ان يهتدي احدهما بالاخر حتى لاتبقى التطبيقات العملية تتعثر باخطائها ولهذا يجب ان نهتدي بالعلوم ونعرف وجهات النظر ونبسط الآراء والافكار .

فلابد للفكر ان يستوحي من علمه وتفسيره للوصول الى حالة يطمئن اليها عند تبادل الاموال والمنافع ولا لخذ ما ... بتظافر جهود الجميع من الفقه والقضاء والتشريع لسد كل الثغرات التي يمكن ان تكون مثار خلاف بشأن المبيع ومن هذا العرض تتضح الاهمية البالغة لضمان العيوب الخفية لتعلقها بحقوق العقد وتجاوزها للاخرين والاثار القانونية التي تحكم وتنظم هذه العلاقات .

لذلك لابد من الاهتمام بتوحيد وجهات النظر في الاراء الفقهية المتقاربة لغرض وضع حلول ناجحة تحسبا لما قد يحصل من اختلاف بين اطراف عقد البيع بسبب وجود العيوب الخفية والرجوع الى اراء فقهاء المسلمين للاستفادة منها بهذا الصدد لانها وضعت ضوابط معينة لحالات العيوب الخفية في المبيع وتوحيد التشريعات القانونية العربية الخاصة بعقد البيع وضمان العيوب الخفية لمنع الاختلافات التي تحصل

في قضية واحدة وتثار بشأن العيوب الخفية وايضاح الغموض ورفع الالتباس عن الحالات غير الواضحة التي تستوجب الايضاح ورفع الالتباس في الحالات التي تدق فيها التفرقة بين الانظمة القانونية المقاربة لضمان العيوب الخفية كالغلط والدفع لعدم التنفيذ والاستحقاق الجزئي وضمان العيوب الخفية والتدليس حتى نستطيع التوصل للحصول على مبيع سالم من العيوب وبدون مشاكل كما ويستوجب الاحتياط لمنع البائع في بيع المبيع المعيب بقواعد قانونية واضحة لاتقبل التاويل في الحالات التي لايعلم فيها المشترى بوجود عيب في المبيع ٠

وختاما نأمل ان يكون هذا البحث قد اسهم بجهد قانوني متواضع ٠

والله يوفقنا جميعا لنصرة الحق والعدل وخدمة الوطن العزيز ٠

القاضي
فوزى ابراهيم موسى
رئيس محكمة جنايات كربلاء

المصـــــادر

١ـ ابن همام الحنفـــي	شرح فتح القديـــر
٢ـ احمد نجيب الهلالي	عقد البيع والمقايضة
٣ـ العلامة الحلي	تذكرة الفقهاء ـ كتاب البيع
٤ـ الاستاذ ابراهيم المشاهدي نائب رئيس محكمة التمييز	المبادىء القانونية في قضاء محكمة التمييز ـ قسم القانون المدني ـ ١٩٨٨
٥ـ احمد ابو الفتوح	المعاملات
٦ـ الكاساني	بدائع الصنائع
٧ـ ابن رشد	بداية المجتهد
٨ـ ابن عابدين	رد المختار
٩ـ اسعد دياب	ضمان عيوب المبيع الخفية ـ الطابعة الثالثة ـ ١٩٨٣
١٠ـ احمد الطحطاوى الحنفي	حاشية الطحطاوى على الـــدر المختار ـ المجلد الثالث ـ طبعة بيروت ـ ١٩٧٥
١١ـ المحاسني	شرح المجله
١٢ـ ابو منصور بن يوسف بن على بن محمد بن المطهر الحلي	كتاب المقاصد في شرح القواعـــد
١٣ـ ابن حزم	المحلى ـ الجزء الثامن
١٤ـ الامام ابن الحسين بن مسلم بن الحجاج .	صحيح مسلم ـ الجزء الثالث
١٥ـ الامام جلال الدين عبـــد الرحمن السيوطي	الاشباه والنظائر ـ الطابعـــة الاخيرة ـ ١٩٥٩
١٦ـ شيخ الاسلام زكريا الانصارى	الجمل على شرح المنهج

المؤلف	الكتاب
١٧ـ الدكتور حسن علي الذنون	شرح القانون المدني العراقي ـ العقود المسماة ـ ١٩٥٤
١٨ـ الدكتور حسن علي الذنون	شرح القانون المدني العراقي ـ العقود المسماة ـ عقد البيع ١٩٥٣
١٩ـ كاشف الغطاء	تحرير المجلة ١٩٤٧
٢٠ـ منير القاضي	ملتقى البحرين ١٩٥٢
٢١ـ منير القاضي	شرح المجلة ـ ج ١ ـ ١٩٤٧
٢٢ـ محمد زكي عبد البر	احكام المعاملات المالية في المذهب الحنبلي ـ الطبعة الاولى ـ ٩٨٦
٢٣ـ محمد زكي عبد البر	احكام المعاملات المالية في المذهب الحنفي ـ الطبعة الاولى ـ ١٩٨٦
٢٤ـ محمد بن اسماعيل الامير اليمني الصنعاني	سبل الاسلام ـ الجزء الثالث
٢٥ـ محمد طه البشير	شرح القانون المدني العراقي ـ الحقوق العينية التبعية ـ ١٩٥٥
٢٦ـ محمد تقي بحر العلوم	بلغة الفقيه ـ الطبعة الثالثة ١٩٦٦.
٢٧ـ الدكتور منذر الفضل	التصرف القانوني في الاعضاء البشرية
٢٨ـ محمد طه البشير	البيع والايجار ـ مذكرات مطبوعة ١٩٤٣
٢٩ـ محمد كامل مرسي	العقود المسماة ـ شرح البيع والمقايضة ١٩٥٣
٣٠ـ مصطفى احمد زرقا	عقد البيع والمقايضة
٣١ـ محمد قدوري	مرشد الحيران الى معرفة احوال الانسان ـ المعاملات الشرعية
٣٢ـ الدكتور صلاح الدين الناهي	الوسيط في شرح القانون التجاري العراقي ـ ١٩٥١ ـ احكام الاوراق التجارية.

٣٣ـ الدكتور عبد الرزاق السنهوري — الوسيط في شرح القانون المدني ـ ج ٤ ـ عقد البيع ١٩٦٠

٣٤ـ الدكتور عبد الرزاق السنهوري — مصادر الحق في الفقه الاسلامي ١٩٥٧

٣٥ـ علي حيدر — شرح مجلة الاحكام ـ الكتاب الاول ـ البيوع .

٣٦ـ الدكتور عباس حسن الصراف — شرح عقد البيع والايجار في القانون المدني العراقي ١٩٥٦

٣٧ـ الدكتور عبد المجيد الحكيم — مصادر الالتزام ١٩٦٤

٣٨ـ عبد المنعم البدراوي — عقد البيع ـ ١٩٥٧

٣٩ـ عبد الرحمن الجزيري — كتاب الفقه على المذاهب الاربعة ـ قسم المعاملات

٤٠ـ عبد الله بن احمد بن قدامه — المغني ـ الجزء الرابع

٤١ـ الدكتور علي حسين نجيده — ضمان عيوب المبيع الخفية في عقد البيع .

٤٢ـ فريد فتيان — مقدمة القانون المدني ١٩٥٤

٤٣ـ الدكتور توفيق حسن فرج — عقد البيع والمقايضة في القانون اللبناني ١٩٦٨

٤٤ـ شاكر ناصر — الوسيط في شرح القانون المدني ـ الحقوق المعينة الاصلية ـ ١٩٥١

٤٥ـ سلمان بيات — القضاء المدني العراقي ـ الجزء الثالث ـ ١٩٦٢

٤٦ـ السيد سابق — فقه السنة ـ المجلد الثالث ١٩٧١

٤٧ـ سليم رستم باز — شرح المجلة ـ الطبعة الثالثة ١٩٢٣

٤٨ــ سليمان مرقس ومحمد علي امام — عقد البيع في التقنين الجديد ٩٥٥ / عقد البيع ١٩٦٠

٤٩ــ سليمان مرقس

٥٠ــ الدكتور سعدون العامري — الوجيز في شرح العقود المسماة عقد البيع والايجار ـ ١ ـ ١٦٧٤ الجزء الاول ـ الطبعة الثالثة .

٥١ــ الدكتور غني حسون طه — الوجيز في العقود المسماة ـ عقد البيع ـ ١٩٦٩ ـ ١٦٧٠ .

٥٢ــ المنجد في اللغة والادب والعلوم

٥٣ــ القانون المدني العراقي

٥٤ــ قانون المرافعات المدنية رقم ٨٣ لسنة ٩٦٩

٥٥ــ المجموعة المدنية المصرية ١٩٤٩

٥٦ــ قانون الموجبات والعقود اللبناني

٥٧ــ قانون ايجار العقار لسنة ١٩٧٣

٥٨ــ قانون ايجار العقار لسنة ١٩٧٩

٥٩ــ مجلة القضاء العراقية

٦٠ــ مجموعة الاحكام العدلية

٦١ــ النشرات القضائية

٦٢ــ قرارات المحاكم

٦٣ــ قرارات محكمة التمييز

٦٤ــ مجلة نقابة المحامين